المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الامام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ/٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتقديمه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثالث عشر

إدارة القرآن	المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة فى العالم الإسلامى

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دى گاردن إيست لسبيله كراتشى ٧٤٥٥٠ باكستان

الهاتف : ٧٢١٦٣٨٨ فاكس : ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١

* اردو بازار، ايم اے جناح روڈ كراتشى تلفون : ٢٦٢٩١٥٧

* H-8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

طبع في مؤسسة نزيه كركي ـ بيروت ـ لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض، السعودية

الفصل السادس والعشرون
فى إثبات الوكالة والوراثة وفى إثبات الدين

١٤٦٧٥- ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": لو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضى، وادعى أن عليه ألف درهم باسم فلان ابن فلان الفلانى، وأن هذا المال لى، وأن فلانًا الذى باسم المال أقر أن هذا المال لى، واسمه عارية فى ذلك، وأنه قد وكّلنى بقبض ذلك منه والخصومة فيه، فالقاضى يسأل المدعى عليه عن هذه الدعوى، فإن أقر بجميع ذلك أمره القاضى بدفع المال إلى المدعى، وهذا لما عرف أن الديون تقضى من مال المديون، فإقراره بذلك تصرف منه على نفسه وفى ماله، فينفذ، فقد شرط الخصّاف رحمه الله أن يدّعى أن [هذا][1] فلان ابن فلان الذى باسمه المال وكّله[2] بقبض المال، وهذا جواب ظاهر الرواية، وروى عن أبى يوسف رحمه الله: أن ذلك ليس بشرط، بل إذا أقر أن المال الذى عليه باسم فلان ملك هذا المدعى، أمر بالدفع إليه، وذكر هذه المسألة فى "كتاب الأقضية"، وذكر جوابها على نحو ما ذكر الخصّاف عن أبى يوسف، إلا أن فى الأقضية لم ينسب هذا الجواب إلى أحد، ووجه ذلك أن الدين فى الذمة مال مملوك كالعين، ثم لو ثبت كون العين مملوكًا للمدعى بأن ادعى عينًا فى يدى رجل أنه ملكه، وأقر المدعى عليه بذلك، أمر بالدفع إليه، وإن لم يثبت كون المدعى وكيلا بالقبض من جهة أحد، فكذا إذا ثبت كون الدين مملوكًا للمدعى فى الذمة يجب أن يؤمر بالدفع إليه، وإن لم يثبت كون المدعى وكيلا بالقبض من جهة أحد.

توضيحه: أن المقر أقر له بالدين مطلقًا، والمطلق ينصرف إلى الكامل، وهو الثابت من كل وجه، وإنما يكون الدين مملوكًا للمقر له من كل وجه إذا كان مملوكًا للمقر له رقبة وتصرفًا فى كل شىء.

وجه ظاهر الرواية: أن أصل الدين قد يكون مملوكًا لإنسان، ولا يكون له حق

---

(١) زيد من م.

(٢) وكان فى الأصل: وكلنى.

القبض، ألا ترى أن الثمن فى ذمة المشترى ملك الموكل بالبيع، ولا يكون له حق القبض حتى لو امتنع عن تسليم الثمن إلى الموكل، كان له ذلك، إذا ثبت هذا، فنقول: إن ثبت كون المال مملوكًا للمدعى بإقرار المدعى عليه، ما ثبت له حق القبض لا محالة، فيحتاج إلى دعوى الوكالة بالقبض، فإذا أقر المدعى عليه بذلك أيضًا، فله حق القبض، كما يثبت له الملك.

ثم إذا أقر المدعى عليه بجميع ذلك، وأمره القاضى بدفع المال إلى المدعى، لا يكون هذا قضاء على الغائب، حتى لو جاء الغائب، وأنكر التوكيل، كان له أن يأخذ ماله من المدعى عليه؛ وهذا لأن إقرار الإنسان حجة عليه، وليس بحجة على غيره، فيثبت التوكيل بإقرار المدعى عليه فى حقه، فأمرناه بالتسليم إلى المدعى؛ لأن ذلك أمر عليه، ولم يتعد ذلك إلى الغائب[1]؛ لأنه أمر على غيره، فإن جحد المدعى عليه الدعوى كلها، فقال المدعى للقاضى: حلفه على فالقاضى يقول للمدعى: ألك بينة على ما ادعيت من إقرار الرجل بالمال لك، ومن توكيله إياك بقبض ذلك المال؛ لأنه يدعى لنفسه حق الخصومة، وحق القبض، والمدعى عليه ينكر ذلك كله، فيحتاج المدعى إلى إقامة البينة عليه، ثم شرط فى الكتاب أن يقيم المدعى بينة على إقرار ذلك الرجل بالمال، وعلى توكيله إياه بالقبض، وإقامة البينة على المال ليس بشرط لثبوت حق الخصومة، وإنما الشرط إقامة البينة على الوكالة، فيطلب القاضى منه البيّنة على الوكالة.

بعد هذا، المسألة على وجهين: إن أقام بينة على الوكالة ثبت كونه خصمًا، فيطلب القاضى منه البينة على المال على نحو ما ادّعى، فإن أقام بينة أخذ المال منه، ويتعدى هذا القضاء إلى الغائب، حتى لو جاء الغائب، وأنكر التوكيل، لا يكون له أن يأخذ المال من المدعى عليه؛ لأن التوكيل يثبت بالبينة، والبينة حجة فى حق الناس كافة، والمدعى عليه انتصب خصمًا من الغائب فى إثبات هذه الوكالة؛ لأن المدعى على الغائب سبب للمدعى على الحاضر، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، فكما يثبت الوكالة فى حق المدعى عليه تثبت الوكالة فى حق الغائب أيضًا.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: القاضى.

وإن لم يكن للمدعى بينة على المال، وأراد استحلاف المدعى عليه، حلفه القاضى بالله ما لفلان ابن فلان الفلانى ولا باسمه عليك هذا المال الذى سمّاه فلان ابن فلان، ولا شيئًا منه، وهذا لأن المدعى لما أثبت وكالته بالبينة، صار خصمًا للمدعى عليه فى دعوى المال، فهذا خصم ادعى مالا على من هو خصم له، فكان له أن يحلفه.

هذا إذا أقام المدعى البينة على الوكالة، وإن لم يكن للمدعى بينة على الوكالة، فقال للقاضى: إن هذا المدعى عليه يعلم أن فلانًا الذى باسمه المال قد وكّلنى بقبض هذا المال، فاستحلفه لى على ذلك، فالقاضى يستحلفه بالله ما تعلم أن فلان ابن فلان الفلانى وكّل هذا بقبض المال على ما ادّعى، كذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى"، وأضاف هذا الجواب إلى أبى يوسف ومحمد رحمهما الله.

واختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: هذا الجواب على قول الكل إلا أن الخصاف رحمه الله خصّ أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله بالذكر؛ لأنه لم يحفظ قول أبى حنيفة رحمه الله لا لأن قوله بخلاف قولهما، وإلى هذا مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله.

ومنهم من قال: ما ذكر فى الكتاب قولهما، أما على قول أبى حنيفة رحمه الله: ينبغى أن لا يحلف المدعى عليه بناء على مسألة ذكرها فى "الجامع الكبير": أن من اشترى عبدًا، وطعن المشترى فيه بعيب الإباق، أو غيره، وجحد البائع أن يكون به هذا العيب، فالقاضى يأمر المدعى بإقامة البينة على وجود هذا العيب به فى الحال، فإن أقام بينة على ذلك ثبت العيب للحال، وصار البائع خصمًا له، وإن لم يكن له بينة، فأراد استحلاف البائع بالله ما تعلم وجود هذا العيب به للحال، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يستحلف، وعلى قولهما: يستحلف، ولا فرق بين المسألتين، فإن وجود العيب بالمشترَى للحال شرط سماع الخصومة، كما أن الوكالة بالقبض ههنا شرط سماع الخصومة، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله.

ثم إذا حلف إما على اتفاق أو على اختلاف، إن حلف انتهى الأمر، وإن نكل صار مقرّا بالوكالة، فيقضى القاضى بالوكالة بحكم إقراره، ثم سأله القاضى عن المال، فإن أقر بالمال على الوجه الذى ادعى، أمره بالتسليم، وإن أنكر المال صار خصمًا

للمدعى فى حق الاستحلاف، وأخذ المال ولا يصير خصمًا فى حق إثبات المال عليه بالبينة، حتى لو أراد المدعى أن يقيم البينة على المال، فالقاضى لايسمع بينته، وكذلك لو كان المدعى عليه أقر بالوكالة من الابتداء صريحًا، إلا أنه أنكر المال صار خصمًا للمدعى فى حق الاستحلاف، وأخذ المال، لا فى حق إثبات المال عليه بالبينة، وإنما كان كذلك لأن المدعى عليه، إنما صار خصمًا بالوكالة، والوكالة إنما يثبت بإقرار المدعى عليه، وإقراره حجة على نفسه، وليس بحجة على غيره، فتثبت وكالة المدعى فى حق استحلافه على المال إن كان جاحد المال، وفى حق أخذ المال منه إن كان مقرّا بالمال؛ لأنه يقتصر عليه، ولا يتعدى إلى غيره، ولا تثبت وكالته فى حق إثبات المال عليه بالبينة؛ لأنه لو ثبت يتعدى قوله إلى الغائب، وفى ذلك قضاء على الغائب، وأنه لا يجوز.

١٤٦٧٦- ونظير هذا ما قال أصحابنا رحمهم الله: فى رجل ادعى أن فلانًا ابن فلان الفلانى وكّله بطلب كل حق له قبل هذا، وأن له عليه ألف درهم، فأقر المدعى عليه بالوكالة، وأنكر المال، فقال المدعى: أنا أقيم البينة أن هذا المال عليه، لم يكن خصمًا له فى ذلك [الوقت][1]، ولكن يكون خصمًا فى حق استحلافه، وفى حق أخذ المال منه إن أقر بالمال، والمعنى ما بينا.

وإن كان المدعى عليه أقر بالمال، وجحد الوكالة، فالقاضى يسأل من المدعى بينة على الوكالة، فإن أقام ثبت الوكالة بالبينة، وصار خصمًا مطلقًا، وإن لم تكن له بينة، وأراد استحلاف المدعى عليه على الوكالة حلفه، وهو على الاختلاف الذى قلنا، فإن حلف فقد انتهى الأمر، وإن نكل ثبت الوكالة، ولكن فى حق أخذ المال منه، لا فى حق القضاء على الغائب؛ لما قلنا.

١٤٦٧٧- قال: ولو أن رجلا جاء إلى القاضى، وأحضر معه رجلا آخر، وادّعى أنه وكيل فلان الغائب، وكّله بقبض الدين الذى له على هذا، والخصومة فيه، وبقبض العين الذى له فى يد هذا وديعة، وصدّقه المدعى عليه فى جميع ذلك، فإنه يؤمر بدفع الدين إلى المدعى، ولم يؤمر بدفع العين إليه، وقد رُوى عن أبى يوسف رحمه الله: أنه يؤمر بدفع الوديعة أيضًا، كما يؤمر بدفع الدين، وهكذا رُوى عن محمد رحمه

---

(١) ما بين القوسين موجود فى الأصل فقط.

الله، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق بين العين والدين، وعلى ظاهر الرواية يحتاج إلى الفرق بينهما.

والفرق أن الدين إنما يقضى من مال المديون، فإقراره بالوكالة فى فصل الدين إقرار بثبوت حق القبض للوكيل فى مال نفسه، فيكون إقراراً على نفسه، فيصح، أما إقراره بالوكالة فى فصل العين إقرار بثبوت حق القبض له فى ملك الغير، فيكون إقراراً على الغير، فلايصح.

فإن كذّبه المدعى عليه فى جميع ما ادّعى، أو صدّقه فى دعوى الوكالة، وكذّبه فى المال، وصدقه فى المال، وكذّبه فى الوكالة، فهو على ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة.

فإن كذّبه فى جميع ذلك، فأقام الوكيل البينة على الوكالة والمال جملة، ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": لا يقبل الشهادة على المال، بل يقبل على الوكالة، ويقضى بالوكالة، ثم يؤمر بإقامة البينة على المال بعد ذلك، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: القاضى يقبل البينة على الوكالة وعلى المال، فإذا عدلت البينة يقضى بالوكالة أوّلا، ثم بالمال، ولم يذكر قول محمد رحمه الله، وفى موضع آخر أن على قول محمد رحمه الله: القاضى يقبل البينة على الوكالة والمال جميعًا، وذكر ثمّة أن قول أبى يوسف رحمه الله مضطرب.

وجه من قال: بقبول البينة على الوكالة والمال جميعًا أن البينة لا توجب الحق بنفسها، وإنما توجب بواسطة اتصال القضاء بها، فيعتبر هذا الترتيب فى القضاء، فلا جرم عندى القاضى يقضى بالوكالة أولا، ثم بالمال، ولكن يقبل البينة على الأمرين فى الابتداء.

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله: إن البينة وإن كانت لا توجب الحق بنفسها، ولكن إنما يسمع من الخصم، وإنما يصير المدعى خصمًا فى دعوى المال إذا كان وكيلا، ولم يثبت ذلك بعد هذا إذا وكله بقبض الدين والخصومة فيه، فأما إذا وكّله بقبض الدين، ولم يتعرض للخصومة، فجحد المديون الوكالة والمال، قبلت بينة الوكيل على الوكالة والمال جميعًا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله: تقبل بينته على الوكالة، ولا تقبل بينته على المال، بناء على أن الوكيل بقبض الدين، هل يملك الخصومة؟ عند

أبى حنيفة رحمه الله : يملك ، وعندهما : لايملك .

١٤٦٧٨- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات" : رجل وكّل رجلا بالخصومة فى كل حق له على الناس ، فأحضر الوكيل رجلا يدعى قبله حقًا للموكل ، وهو جاحد للوكالة مقر بالحق ، أو جاحد للحق أيضًا ، وأقام عليه البينة بالوكالة ، فقبل أن يظهر عدالة الشهود غاب الرجل ، ثم عدّلت الشهود ، فالقاضى لا يقضى بالوكالة ما لم يحضر ؛ لأن القضاء لا بد له من خصم حاضر يقضى عليه ، فإن أحضر رجلا آخر يدّعى عليه حقًا للموكل ، وهو جاحد للوكالة ، قضى القاضى عليه بالبينة الأولى ؛ لأن المدعى عليه الأول ، صار خصمًا عن جميع الناس فى حق سماع البينة عليه ؛ لأن مدعى الوكالة يحتاج إلى إثبات الوكالة بالبيّنة ، ولا يمكنه إثبات الوكالة على الذى أحضره إلا بإثبات الوكالة على جميع الناس ؛ لكون الوكالة واحدة ، وانتصب الذى أحضر خصمًا عن الناس كافة ، وصار إقامة البينة عليه كإقامة البينة على الكل ، ولو أقام على الكل ، ثم غاب واحد منهم ، أليس أنه يقضى بها على الحاضر؟ كذا هنا .

واعتبره فى الكتاب بينة قامت على الوكيل ، فغاب الوكيل ، وحضر الموكل ، أو قامت على الموكل ، فغاب الموكل ، وحضر الوكيل ، أو قامت على المورث حال حياته ، فمات وحضر الوارث ، أو قامت على الوارث ، فغاب هذا الوارث ، وحضر وارث آخر ، فإن فى هذه الفصول يقضى بتلك البينة على الذى حضر ثانيًا ، والمعنى ما ذكرنا فى "الزيادات" أيضًا .

وإذا أقام بينة على رجل أن فلانًا ، وكّله بالخصومة معه ، وطلب ماله من الحق عليه ، فلم تظهر عدالة الشهود ، حتى أقام الوكيل بينة على الرجل بحق لموكل القياس أن لا تقبل بينته .

وفى الاستحسان : يقبل ، وهذا القياس والاستحسان إنما يتأتى على قول أبى يوسف رحمه الله إن كان الخلاف فيما إذا أقام البينة على الوكالة والمال جملة بين أبى حنيفة وأبى يوسف ، أو على قول محمد ، إن كان الخلاف فى تلك المسألة بين أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، أما لا يتأتى على قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقد مرّ الكلام فيه .

فبعد ذلك ، المسألة على وجوه : إن زكّيت البينتان ، قضى بالأمرين ، ولكن على

الترتيب الذى شهد به الشهود، يقضى بالوكالة أولا، ثم بالمال، وإن زكيت بينة الوكالة، ولم تزك بينة الحق يقضى بالوكالة، ويؤمر بإعادة البينة على الحق له، فإن لم تزكّ بينة الحق، صار كأنه لم يقمها، وإن زكيت بينة الحق، ولم تزك بيّنة الوكالة، لم يقض بالحق؛ لأنه لما لم تزكّ بينة الوكالة، ظهر أن بينة الحق قامت على غير خصم.

١٤٦٧٩- ولو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضى، وقال: إن أبى فلان مات، ولم يترك وارثًا غيرى، وله على هذا كذا كذا من المال، فاعلم بأن هذه المسألة على وجهين: أحدهما: أن يدّعى دينًا على نحو ما بينا، أو يدعى عينًا فى يده أنه كان لأبيه، غصبه هذا من أبيه، أو أودعه إياه أبوه، أو لا يتعرض لشىء، فيذكر أنه لأبى مات أبوه، وتركه ميراثًا له لا وارث له غيره، فإن القاضى يسأل المدعى عليه عن ذلك، فإن أقر بجميع ما ادعى المدعى صح إقراره، وأمر بتسليم الدين والعين إليه، أما صحة إقراره بالدين، فلما ذكرنا فى فصل الوكالة، وأما صحة الإقرار بالعين، بخلاف مسألة الوكيل.

والفرق أن العين الذى فى يديه صار ملكًا للذى حضر بسبب الوراثة فى زعم صاحب اليد، فإنه زعم أنه وارث الميت، وإنما أقر له بحق القبض فى ملكه، فيؤمر بالتسليم إليه، ولا كذلك فصل الوكيل.

هذا إذا أقر بذلك، فأما إذا أنكر ذلك كله، فإن أقام المدعى بينة على ما ادّعى قبلت بينته، وأمر المدعى عليه بتسليم الدين والعين جميعًا؛ لأنه أثبت بالحجة موت فلان، ووراثة نصيبه[1]، وكون المدعى به متروك فلان، ومتروك الإنسان يصرف إلى ورثته، وينبغى أن يقيم البينة أولا على الموت والنسب، حتى يصير خصمًا، ثم يقيم البينة على المال، ولو أقام البينة على الموت والنسب والمال، فهو على الخلاف، على ما ذكرنا فى فصل الوكالة، إذا أقام مدعى الوكالة البينة على الوكالة والمال جملة.

وإن لم يكن للمدعى بينة، وأراد أن يحلف المدعى عليه على ما ادعى، ذكر الخصّاف رحمه الله أنه روى عن بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا يحلف، قال الخصّاف رحمه الله: وفيها قول آخر أنه يحف، ولم يبيّن القائل، بعض مشايخنا قالوا: الأول قول أبى حنيفة رحمه الله، والثانى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله بناء على مسألة

---

(١) لعله نفسه.

" الجامع الكبير " على ما مر ، فإن قيام العيب بالمشترى للحال شرط سماع الخصومة من الوارث فى المال ، ولم يثبت موت المورث بعد ، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله ، فهو جعل مسألة الوارث نظير مسألة الوكيل على ما مر .

وقال الشيخ الإمام على الرازى ، والشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : القول الثانى أنه يحلف قول الكل أيضًا ، قالا : وهو الصحيح ، فهما جعلا هذه المسألة نظير مسألة الوكالة أيضًا ، وذكر فى موضع آخر أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول أوّلا : لا يستحلف ، ثم رجع ، وقال : يستحلف ، فعلى ما ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : أن مسألة الوكالة على الخلاف يحتاج إلى الفرق ؛ لأبى حنيفة رحمه الله بين مسألة الوكالة وبين مسألة الوراثة على قوله الآخر ، على ما ذكره فى بعض المواضع .

والفرق : إن الوارث يدعى العين والدين ، فينتصب خصمًا فى الاستحلاف ؛ لأن الاستحلاف فى دعوى الإنسان لنفسه حقه ، والإنسان ينتصب خصمًا فى حقوقه ، وأما فى مسألة الوكالة فقد أقر بالحق للغائب ، فلا ينتصب خصمًا إلا بعد إثبات الوكالة ، والنيابة عنه ، ولم يثبت بعد ، فلا يكون له حق الاستحلاف .

ثم إذا استحلف ، يستحلف على حاصل الدعوى بالله ما لهذا عليك هذا المال الذى يدعى من الوجه الذى يدعى ، وأنه جواب ظاهر الرواية على ما ذكرنا ، وإن أقام المدعى بينة على النسب والموت دون المال ، استحلف على المال بلا خلاف ؛ لأن بإقامة البينة على النسب والموت يثبت كون المدعى خصمًا له ، فيحلف بدعواه ، كما فى سائر الدعاوى ، وإن أقام البينة على المال دون الموت والنسب ، لاتقبل بينته ؛ لأنه إنما ينتصب خصمًا فى المال بواسطة النسب والموت ، ولم يثبت ذلك بعد ، والبينة على غير الخصم لا تقبل ، وإن أقام البينة على النسب دون الموت والمال ، لا تقبل بينته ؛ لما قلنا .

ثم إذا أقر بدعوى المدعى كله ، وأمر بتسليم الدين والعين إلى المدعى ، لايكون هذا قضاء على الأب ، حتى لو ظهر الأب حيّا كان له أن يتبع المدعى عليه بحقه ، والمدعى عليه يتبع الابن ، وإنما كان كذلك لأن بالإرث لا يتجدد الملك ، بل يتقرر الملك الذى كان للمورث ؛ لأن الوارث يخلف المورّث فى أملاكه ، فكان هذا تقرير ملك المورّث ، فلا يتصور أن يكون قضاء عليه ، ولو أقر بالوراثة والموت ، وأنكر المال ، يحلف

على المال؛ لأنه يثبت كونه خصمًا بإقراره بالموت، والوراثة، فالدعوى صدر من الخصم، فيحلف كما فى سائر الدعاوى.

١٤٦٨٠- ولو أقر بالمال، وأنكر النسب والموت، لا يحلف؛ لأنه إنما ينتصب خصمًا بواسطة ثبوت النسب والموت، ولم يثبت بعد، واليمين لا يتوجه إلا بعد دعوى صحيحة من الخصم، وهذا الجواب على قول أبى حنيفة رحمه الله على ما ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله، أو على قول أبى حنيفة رحمه الله أوّلا على ما ذكر فى بعض المواضع، أما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على ما ذكره شمس الأئمة السرخسى، أو على قول أبى حنيفة أخرا على ما ذكره فى بعض المواضع، ينبغى أن يحلف، ولكن يحلف على العلم؛ لأن هذا تحليف لا على فعل نفسه، والتحليف لا على فعل نفسه يكون على العلم.

١٤٦٨١- قال: لو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى، وقال: إن أب هذا قد مات، ولى عليه ألف درهم دين، فإنه ينبغى للقاضى أن يسأل المدعى عليه أولا أنه هل مات أبوه؟ ولا يأمره لجواب دعوى المدعى أولا، وهذا لأن الجواب إنما يتوجه على الخصم، وإنما ينتصب الابن خصمًا إذا مات الأب.

فبعد ذلك المسألة على وجهين: إما إن أقر الابن فقال: نعم مات أبى، أو أنكر موت الأب، فإن أقرَّ وقال: نعم مات أبى سأله القاضى عن دعوى الرجل على أبيه؛ لأنه صار خصمًا له، والجواب يتوجه على الخصم، فإن أقر له بالدين على أبيه استوفى الدين من نصيبه لإقراره على نفسه بذلك، وإن أنكر، وأقام المدعى بينة على ذلك، قبلت بينته، وقضى بالدين، ويستوفى الدين من جميع التركة، لا من نصيب هذا الوارث خاصة، وهذا لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن جميع الورثة فيما يدّعى على الميت، فصارت البينة القائمة على هذا الوارث[1] بمنزلة البينة على سائر الورثة، أو على الميت لو كان حيّا، فيثبت الدين بهذه البينة فى جميع التركة، بخلاف الإقرار.

ثم إنما يقضى القاضى بالدين فى تركة الميت بهذه البينة بعد ما يستحلف المدعى على القبض والإبراء، وإن لم يدّع الوارث ذلك؛ لأن القاضى نصب ناظرًا لكل من

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: على هذا الوارث، فصار بمنزلة البينة على سائر الورثة.

عجز عن النظر بنفسه ، وهذا الدعوى فى الحقيقة على الميت ، وهو عاجز عن النظر لنفسه ، فينظر له القاضى باستحلاف المدعى ، بخلاف ما إذا وقع الدعوى على الحى ؛ لأن الحى قادر على الدعوى ، فلا يستحلف بدون دعواه ، بخلاف الميت ، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى" .

١٤٦٨٢- وذكر فى "أدب القاضى" من "أجناس الناطفى" فى الجنس الرابع : أن من ادعى دينًا فى تركة الميت ، وأقام بينة على ذلك ، فالقاضى لا يحلفه على الاستيفاء عند أبى حنيفة رحمه الله ما لم يدّع ذلك أحد الورثة ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد : يحلف ، فما ذكر الخصّاف رحمه الله فى "أدب القاضى" قولهما ، وهو اختيار الخصاف ، ثم إذا أراد استحلافه يستحلفه بالله ما قبضته ، ولا شيئًا منه ، ولا ارتهنت بدينه رهنًا ، ولا بشيء منه ، ولا احتلت به على أحد ، ولا بشيء منه ، ولا تعلم رسولا أو وكيلا لك قبض هذا المال ، ولا شيئًا منه ، وإن ذكر مع ذلك ، ولا وصل إليك بوجه من الوجوه كان أحفظ .

وروى الحسن بن زياد رحمه الله أنه قال : يستلحف بالله أنك تأخذه لحق ؛ لأن فى الأسباب المسقطة للدين كثرة ، فلا يمكن حصرها ، فتختلف على هذا الوجه ، وإن لم يكن للمدعى بينة ، وأراد استحلاف هذا الوارث ، يستلحف على العلم عند علمائنا رحمهم الله بالله ما يعلم أن لهذا على أبيك هذا المال الذى ادّعى ، وهو ألف درهم ، ولا شيء منه ، فإن حلف انتهى الأمر ، وإن نكل يستوفى الدين[1] من نصيبه ، ، فإن كان هذا الوارث المدعى عليه أقرّ بالدين على الأب ، أو أنكر ، فلما حلف نكل ، حتى صار مقرّا بالدين ، إلا أنه قال : لم يصل إلى شيء من تركة الأب ، فإن صدقه المدعى فى ذلك ، فلا شيء له ، وهذا لأن الدين كان فى ذمة المورث ، والموت يتحول إلى التركة ، فيوفى من تركته ، فإذا لم يصل إلى هذا الابن شيء لو أخذناه ، أخذناه ليوفى دين الابن من مال نفسه ، وهذا مما لا وجه له ، ولا سبيل إليه .

وإن كذّبه ، وقال : لا ، بل وصل إليه ألف درهم أو أكثر ، وأراد أن يحلفه ، حلفه على البتات بالله ما وصل إليك من مال أبيك هذا الألف ، ولا شيء منه ؛ لأنه تحليف

---

(١) هكذا فى م ، وكان فى الأصل وظ : الذين ، ولا معنى له ههنا ، فتأمل .

على فعل نفسه، والتحليف على فعل نفسه يكون على البتات؛ لما مر، فإن نكل لزمه القضاء؛ لأنه ثبت وصول التركة إليه، والدين فى التركة يقدم على الميراث، وإن حلف لا شىء عليه.

هذا إذا حلف المدعى على الدين أولا، ثم حلفه على الوصول، فلو أن المدعى من الابتداء حين أراد أن يحلف هذا الوارث على الدين، قال له الوارث: ليس لك علىّ يمين، فإنه لم يصل إليه من تركة الأب شىء، وكذبه المدعى، وقال: لا، بل وصل إليك من تركة الأب كذا وكذا، أو صدّقه فى ذلك إلا أنه مع هذا أراد استحلافه على الدَّين، فالقاضى لا يلتفت إلى قول الوارث، ويحلفه على الدين؛ لأن الحاجة إلى إثبات الدين، وفى إثبات الدين لا عبرة لوصول شىء من التركة إلى يده، وإنما العبرة للفائدة، وفى إثبات الدين فائدة، فإنه إذا ثبت الدين بأن نكل عن اليمين، حتى صار مقرًا به لو ظهر للميت وديعة، أو بضاعة عند إنسان، يستوفى الدين منها من غير أن يحتاج إلى الإثبات، فكان فيه فائدة، فيحلف لهذه الفائدة، وإن كانت منتظرة، ألا ترى أن العبد المحجور يستحلف، وإنما يستحلف لاستيفاء الدين بعد العتق، وإنه فائدة منتظرة، كذا ههنا.

١٤٦٨٣- وإن أنكر الابن الدين ووصول شىء من التركة إلى يده، وكذّبه المدعى فى ذلك كله، وأراد استحلافه على الدين والوصول جميعًا، لم يذكر الخصاف رحمه الله هذا الفصل فى الكتاب.

وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: يحلف يمينًا واحدة بالله ما وصل إليك ألف درهم، ولا شىء منه من تركة أبيك، ولا يعلم أن لهذا الرجل على أبيك دينًا من الوجه الذى ادّعى، فقد جمع بين اليمين على البتات وبين اليمين على العلم، وأنه جائز كما فى حديث القسامة، وعامتهم على أنه يحلف مرّتين؛ لأنه إنما يجوز الجمع بين اليمينين إذا كانا من جنس واحد، أو كانا من جنسين، لكن سببهما واحد، ولا مجانسة بين اليمين على العلم، وبين اليمين على البتات، والسبب مختلف ههنا أيضًا؛ لأن سبب الوجوب المداينة السابقة، وسبب الاستيفاء من الوارث وصول التركة إليه، فلا يجمع بينهما، بل يحلف مرتين مرة على الوصول على البتات، ومرّة

على الدين على العلم، بخلاف القسامة؛ لأن السبب هناك متحد، وهو القتل.

هذا الذى ذكرنا إذا أقر بموت الأب، وأما إذا أنكر موت الأب ووصول التركة إليه، وأراد الغريم استحلافه، وقع هذه المسألة فى بعض نسخ هذا الكتاب، وأجاب فيها أنه يحلف على الوصول والموت يمينًا واحدة، لكن على الموت على العلم، وعلى الوصول على البتات بالله ما تعلم أن أباك مات، ولا وصل إليك شيء من ميراثه، وبه أخذ بعض[1] المشايخ رحمهم الله، وعامة المشايخ على أنه يحلف مرّتين، مرة على الموت على العلم، ومرّة على الوصول على البتات، فإن نكل حتى ثبت الموت، وثبت وصول الميراث إليه، يحلف على الدين على علمه لما مرّ.

فلو أنه أقر بالدين والموت، وأن هذه الألف تركة إلا أنه أحضر جماعة، وقال: هؤلاء إخوتى، فهذه المسألة على وجوه: إما إن بدأ، وقال: هذه الألف تركة، ثم قال: هؤلاء إخوتى، وفى هذا الوجه يؤمر بتسليم الألف إلى رب الدين؛ لأنه بإقرار أولا صار الألف مستحقّا لرب الدين؛ لأن الدين يتعلق بالتركة بعد الموت، فلا يصح إقراره بالإخوة بعد ذلك فيما يرجع إلى إبطال الاستحقاق الثابت له.

وإن بدأ بالإقرار بالإخوة، ثم بالتركة والدين، فقد أقر لهم بالشركة معه فى التركة، فصارت التركة مقسومة بينهم بالحصص، فإذا أقر بالدين والتركة بعد ذلك فإنما يعمل إقراره فى حقه، فيستوفى الدين من نصيبه خاصة.

١٤٦٨٤- قال: ولو أن رجلا مات، فادعى وارثه على رجل أنه كان لأبيه عليه ألف درهم دين، وصار ميراثًا له، وأقر المدعى عليه بالموت، وأنكر الدين، فأراد الوارث أن يحلفه، حلفه بالله ما كان لأبى عليك ألف درهم، ولا شيء منه من الوجه الذى ادّعى، وعلى قول شُريح رضى الله عنه يحلف الوارث أولا على البتات بالله ما قبض الأب منه شيئًا، هو يقول: بأن الدين إنما ينتقل إلى الابن إذا لم يقبضه الأب منه، أما إذا قبض فلا، وإنا نقول: إذا ثبت الدين للأب على المديون يبقى إلى أن يُوجد المسقط، فالقبض مسقط، وأنه ليس بمعلوم، فيبقى الدين بقضية الأصل، ألا ترى أن فى حال حياة الأب يحلف المدعى عليه على الدين، ولا يحلف الأب بالله ما قبض المال،

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: أولئك مكان "بعض".

وطريقه ما قلنا .

وكـذلك إذا أقـام الابن بيّنة على الدين لا يحلف الابن على قـبض الأب عندنا خلافًا لشريح على ما بينا .

١٤٦٨٥- وإذا أقـر المديون بالدين ، وادّعى أن الأب قـد قـبض منه الدين ، أو عرض المديون ، فقال : قد يكون على الإنسان دين ، ثم لا يبقى باعتبار أن صاحب الدين قبض ذلك ، وأنا لا أحب إن أقر بشيء مخافة أن يلزمنى ، وأراد استحلافه ، فيحلف الابن حينئذٍ على العلم بالله ما تعلم أن أباك قد قبض هذا المال ، أما إذا ادّعى المدعى عليه القبض ، فلأنه انقلب مدعيّا ، والمدعى انقلب مدعى عليه ، وأما إذا عرض المدعى عليه فلأنه طلب من القاضى أن ينظر له ، فينظر له .

١٤٦٨٦- قال فى "الزيادات" : رجل مات ، فجاء رجل ، وادّعى أنه وارث الميت ، لا وارث له غيره ، وأن قاضى بلد كذا قضى بكونه وارث الميت ، وجاء بشاهدين شهدا أن قاضى بلد ، كذا أشهدنا على قضاءه أن هذا وارث فلان الميت ، لا وارث له غيره ، وقال الشهود : لاندرى بأى سبب قضى؟ فإن القاضى الثانى يجعله وارثًا ، وهذا لأنه ثبت بالبينة قضاء القاضى الأول بوراثته ، وقضاء القاضى إذا ثبت يحمل على الصحة وعلى موافقة الشرع ، وذلك ههنا فى أن يحمل على أنه استقضى فى سبب وراثته عن الميت ، ولم يقدّم على القضاء إلا بعد ما علم بالحجة سبب وراثته .

وينبغى للقاضى الثانى أن يسأل المدعى ما نسبته عن الميت[1] ، وهذا السؤال ليس بشرط لتنفيذ القضاء ، حتى لو لم يبين المدعى شيئًا ، نفّذ القاضى الثانى قضاء الأول حملا له على الحق ، ولكن هذا السؤال[2] من القاضى الثانى على سبيل الاحتياط ليعلم أنه بأى سبب يستحق؟ حتى لو ظهر وارث آخر يعرف القاضى الثانى أن أيهما أولى بالميراث .

ولأنه ربما يُبين سببًا لا يستحق الميراث بأن يبين أنه مولى الميت من أسفل ، فيبطل قضاء الأول ؛ لأن هذا خطأ عندنا ، وقد ظهر بما هو حجة عليه ، وهو إقراره ، فإن أخبر

---

(١) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل : يسأل المدعى عن النسبة بالميت .

(٢) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل : ولكن هذا السؤال ليس من القاضى الثانى .

المدعى بسبب يكون وارثًا على وجه من الوجوه أمضى قضاء الأول بالميراث، ودفع الميراث[1] إليه، ولكن لا يقضى بالسبب الذى ادّعى؛ لأن الموجود فى حق السبب ليس إلا مجرد الدعوى إذا لم يعرف[2] قضاء القاضى بهذا السبب، أما القضاء بأصل الوراثة ثابت بشهادة الشاهدين، فلهذا يقضى القاضى الثانى بالميراث دون السبب.

فإن جاء رجل بعد ذلك، وادّعى أنه أب الميت، لا وارث له غيره، وأقام على ذلك بينة يُنظر إن كان الأول بيّن سببًا لا يرث مع الأب بذلك السبب، جعل القاضى الثانى الميراث كله للثانى؛ لأن أبوّة الثانى ثبت عند هذا القاضى بالبينة، والأول لما بيّن سببًا لا يرث مع الأب بذلك السبب صار مقرّا أنه لاحق له فى الميراث، وإقرار كل مقر حجة فى حقه.

وإن كان الأول بيّن سببًا يرث مع الأب بذلك السبب بأن بيّن أنه ابن الميت، جعل القاضى الثانى للأب سدس الميراث؛ لأن القاضى الأول قضى بكل الميراث، فإنما ينقض قضاءه بالقدر المتيقن، والقدر المتيقن ههنا السدس، فإن احتمال كون الأول ابنًا، كما ذكر قائم، ومع ذكر الاحتمال لا يتيقن[3] بخطأ القاضى الأول، وإن ذكر الأول أنه أب الميت، وأقام الثانى بينة أنه ابن الميت يعطى الثانى خمسة الأسداس؛ لأنه عيّن خطأ القاضى الأول بهذا القدر، فينتقض قضاءه، والسدس سالم للأول.

وإن ذكر الأول أنه أب الميت، وادعى الثانى أنه أب الميت، وأقام على ذلك بينة، وقضى القاضى للثانى بأبوّته جعل الميراث له؛ لان أبوة الثانى ثبت بالقضاء بالبينة، وأبوة الأول لم تثبت إلا بإقراره، وما ثبت بالبينة المقررة أقوى، فكيف إذا اتصل بها القضاء؟

فإن قيل: ينبغى أن يقضى القاضى بالميراث بينهما؛ لأن القاضى الأول قضى بكل الميراث للأول، فلا ينتقض قضاءه، إلا بقدر المتيقن، والتيقن فى مقدار النصف، فإن احتمال كون الأول أبًا قائم، إذ يجوز أن يكون للشخص الواحد أبوان، ألا ترى أن الجارية المشتركة بين رجلين إذا جاءت بولد، فادعياه كان الولد لهما وهما أبواه.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: المال مكان "الميراث".

(٢) وكان فى الأصل: لم يعلم.

(٣) وكان فى الأصل: لا يتفق.

قلنا: لا يجوز أن يكون للشخص الواحد أبوان؛ لأن الأبوة بسبب الانخلاق من الماء، ولا يتصور الانخلاق من ماء الذكرين، ألا ترى أن فى مسألة الجارية المشتركة لو مات الولد يرثانه ميراث أب واحد، إلا أن أحكام الأبوّة يثبت بينهما عند الدعوى؛ لاستواءهما فى الحجة وعدم الأولوية.

وفى مسألتنا لا مساواة؛ لأن أبوة الأول تثبت بالدعوى، وأبوّة الثانى تثبت بالبينة، ولا مساواة بين الدعوى والبينة، حتى لو تحققت المساواة يقضى بالميراث بينهما على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٤٦٨٧- واستوضح هذا بما لو جاء رجل، وأقام بينة أنه أب هذا الميت، وقضى القاضى بأبوته، وجعل الميراث له، ثم جاء آخر، وأقام بينة أنه أب الميت، فالقاضى لا يقبل بينة، ولايدخل مع الأول، ولو جاز أن يكون كل واحد منهما أبًا لدخل الثانى مع الأول، كما فى الأبناء مع البنات.

قال فى الكتاب: ولو أن القاضى الثانى حين قضى بالميراث للثانى، قال الأول: أنا أقيم بينة عندك أنى أب الميت، لا يلتفت إليه؛ لأن تقدم الحكم للثانى بالأبوّة، يمنع دعوى الأول الأبوة والقضاء له بها، وإن أقام الأول بينة على أن القاضى الأول قضى بأبوّته، جعل القاضى الثانى الميراث كله للأول، إذ تبيّن أنه تقدم الحكم[1] للأول بالأبوّة، وأنه يمنع الحكم للثانى بالأبوة.

ولو أن القاضى لم يقض بأبوة الثانى، حتى أقام الأول بينة على أبوته، قضى القاضى بالميراث بينهما؛ لاستواءهما فى الدعوى والحجة.

والجواب فى ولاء العتاقة، كالجواب فى الأبوّة، بأن ادّعى الأول أنه مولى الميت أعتقه، وأن القاضى الأول إنما قضى له بالميراث لذلك، وادعى الثانى أنه مولى الميت، أعتقه؛ لأنه لايتصور أن يكون الشخص معتقًا من الاثنين من كل واحد منهما على الكمال، كما لا يتصور أن يكون ابنًا لاثنين لكل واحد منهما على الكمال، فصار الولاء كالنسب من هذا الوجه إن سبق الحكم لأحدهما بالميراث بسبب الولاء، فهو أولى، وإن اجتمعا قضى بينهما على نحو ما ذكرنا.

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: إذ تقدم أنه تبين الحكم.

وإن زعم الأول أنه ابن الميت، وأن القاضى الأول قضى بالميراث لذلك، وأقام آخر بينة بمثله، اشتركا فى الميراث، وإن سبق الحكم لأحدهما؛ لأن سبق الحكم لأحدهما لا يدفع الثانى؛ لإمكان الجمع، بخلاف فصل الأبوّة؛ لأن هناك الجمع غير ممكن على ما مر، وإن زعم الأول أنه ابن الميت، فأقامت امرأة بينة أنها بنت الميت، فالميراث بينهما أثلاثًا، وإن تقدم الحكم للأول؛ لأن تقدم الحكم للأول لا يدفع الثانى؛ لإمكان الجمع.

ولو ادعى الأول أنه ابن الميت، أو أبوه، وأقام الآخر بينة أنه أخ الميت لا شيء للثانى؛ لأن الإخوة لا يرثون مع الابن والأب، ولو كان المقضى له امرأة زعمت أنها زوجة الميت، ثم جاء رجل، وأقام بينة أنه أخ الميت، أخذ منهما ما زاد على الربع.

ولو أقام بينة أنه ابن الميت، أخذ منها ما زاد على الثمن؛ لإمكان الجمع، وصار الحاصل أن القاضى الأول إذا قضى بوراثة الأول، ولم يبين سبب الوراثة، وأقام الآخر بينة عند القاضى الثانى على نسبه عن الميت، سأل القاضى الثانى الأول عن سببه إن ذكر سببًا لا يرث مع الثانى، فالميراث كله للثانى، وإن ذكر سببًا لا يرث الثانى معه، فلا شيء للثانى، وإن ذكر سببًا يرث مع الثانى، يجمع بينهما فى الميراث، قال: فإن كان المقضى له الأول معتوهًا، أو صغيرًا لا يعبر عن نفسه، فأقام بعض من ذكرنا بينة على أنه وارثه، وبيّن نسبه عن الميت.

فإن كان الثانى ممن يحتمل السقوط بحال نحو الأخ والعم جعله القاضى ساقطًا بالأول، وإن كان الثانى لا يحتمل السقوط بحال، فإن القاضى يجعل للأول أفضل الأشياء، ويقضى للثانى بأقل ما يكون بيانه فيما إذا كان الأول ذكرًا يجعل ابن الميت، حتى لو كان الثانى أبًا يعطى له السدس؛ لكونه أقل، ولو كان الثانى زوجة الميت يعطى لها الثمن؛ لكونه أقل؛ لأن الأول ترجح بتقدم الحكم له وإبطال القضاء لا يجوز إلا فى القدر المتيقين والتيقن فى الأقل.

١٤٦٨٨- قال: ولو أن امرأة أقامت بينة أن قاضى بلد كذا قضى بأنها وارث هذا الميت، وجعل كل الميراث لها نفذ القاضى الثانى ذلك، كما ينفذ للرجل؛ لأن المرأة قد تستحق جميع الميراث، ألا ترى أن مولاه العتق يستحق جميع الإرث، كمولى المعتق،

وكذلك البنت تستحق جميع الميراث النصف بالفرض والنصف بالرد، إذا لم يكن ثمّة صاحب فرض، أو عصبة، فلعل القاضى الأول إنما قضى لها بجميع الميراث لهذا، وهو الظاهر، فلهذا نفذ القاضى الثانى ذلك، فإن أقام بعد ذلك رجل بينة، أنه ابن الميت، وأبوه، أو أقامت امرأة بينة أنها زوجته، سأل القاضى الثانى المرأة الأولى عن سبب القضاء لها، فإنه عمت أنها بنته، عامل معها بزعمها، وإن كانت المرأة الأولى صغيرة لا تعبّر عن نفسها، أو كانت معتوهة، جعل القاضى لها أكثر ما يكون لها، وجعل لهؤلاء أقل ما يكون لهم مع المرأة الأولى، حتى لاينتقض القضاء الأول، إلا فى القدر المتيقن.

١٤٦٨٩- وإذا ادّعى رجل على ورثة ميت دينًا على الميت، وقال: إن أب هؤلاء قد مات، ولى عليه كذا، وقد أقر بذلك فى حياته طائعًا، ومات قبل أن يؤدى شيئًا من التركة، وخلف من التركة فى يد هؤلاء ما بقى بالدين المدعى وزيادة، ولم يبين أعيان التركة، فالقاضى، هل يسمع منه الدعوى؟ ولم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى شىء من الكتب، وقد اختلف فيه بعضهم، شرطوا بيان[1] أعيان التركة شيئًا فشيئًا لسماع القاضى دعواه، والإمام أحمد الحاكم السمرقندى رحمه الله، ذكر فى شروطه فى سجل إثبات الدين أن المدعى إن أهمل التركة كان وافيًا، وإن بين وفسّر كان أحوط، والفقيه أبو الليث رحمه الله لم يشترط بيان أعيان التركة، واكتفى بذكر الوفاء بالدين، والخصاف ذكر فى "أدب القاضى" فى باب اليمين على العلم مثل ما ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله، والمختار للفتوى هذا أن لايشترط بيان أعيان التركة لإثبات الدين والقضاء به، ولكن إنما يأمر القاضى الوارث بقضاء الدين إذا ثبت وصول التركة إلى أبيهم، وعند إنكارهم وصول التركة إليهم لا يمكن للمدعى إثباته بعد بيان أعيان التركة فى أيديهم بما حصل به الإعلام، وكذا حكى فتوى شمس الإسلام محمود الأوزجندى.

١٤٦٩٠- رجل ادعى دارًا فى يدى رجل، وقال فى دعواه: هذه الدار كانت لأبى فلان مات، وتركها ميراثًا بينى وبين أختى فلانة، لا وارث له غيرنا، وترك مع هذه الدار ثيابًا ودوابًا، فقسّمنا الميراث، ووقعت هذه الدار فى نصيبى بالقسمة، واليوم جميع هذه الدار ملكى بهذا السبب، وفى يد هذا المدعى عليه بغير حق، فدعواه

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: إثبات مكان: بيان.

صحيحة ؛ لأنه ادّعى جميع الدار بنفسه بسبب صحيح ادعى ثلثها بسبب الميراث، وادّعى الثلث بسبب القسمة، وكل ذلك سبب صحيح للملك، ولكن لا بد وأن يقول: أخذت أختى نصيبها من تلك الأموال حتى يصح منه مطالبة المدعى عليه بتسليم كل الدار إليه.

ولو كان فى دعواه: مات أبى وتركها ميراثًا لى ولأختى، ثم أقرت أختى بجميعها لى، وصدقتها فى ذلك، حُكى عن شمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله: أن دعواه صحيحة، والصحيح من الجواب أن القاضى لايسمع دعواه فى الثلث؛ لأن هذه دعوى الملك فى الثلث بسبب الإقرار، ودعوى الملك بسبب الإقرار غير صحيحة، عليه فتوى عامة المشايخ، والمسألة فى "الأقضية"، وسيأتى بيانها فى موضعها -إن شاء الله تعالى-.

١٤٦٩١- من له الدين المؤجل إذا أراد إثباته فله ذلك، وإن لم يكن حق المطالبة بالأداء فى الحال، وكذلك المرأة إذا أرادت إثبات مهرها على الزوج، فلها ذلك، وإن لم يكن له حق المطالبة بالأداء فى الحال؛ لأن إثبات الحق لا يعتمد المطالبة لا محالة، ألا ترى أن إثبات الدين على الميت على وارث لم يصل إليه شيء من التركة صحيح، وإن لم يكن لرب الدين حق المطالبة من هذا الوارث، إذا لم يصل إليه شيء من تركة الميت، وإنما يعتمد الفائدة، وفى إثبات الدين المؤجل فى الحال فائدة، وكذلك فى إثبات بقية مهرها فى الحال فائدة، فإن شهودها عسى أن يغيبوا، أو لا يقدر على إثباته عند محل الأجل.

١٤٦٩٢- سئل القاضى الإمام شمس الإسلام: عمن ادّعى على آخر عينًا فى يده، وقال: هذا كان ملك أبى، مات وتركها ميراثًا لى ولفلان، سمّى عدد الورثة، ولم يبين حصة نفسه، قال: صح منه هذه الدعوى، وإذا أقام على دعواه البينة، فالقاضى يسمع بينته، ولكن إذا آل الأمر إلى المطالبة بالتسليم، لا بدّ وأن يبيّن حصة نفسه؛ لأنه لا يملك المطالبة بالتسليم إلا بعد بيان حصته، فيبيّن حصته عند ذلك، ولو كان بيّن حصته، ولم يبين عدد الورثة بأن قال: ولجماعة سواى، وحصتى منه كذا، يطالبه بتسليم ذلك قال: لا يصح منه هذه الدعوى، ولا بد من بيان عدد الورثة لجواز أنه

لو بيّن كان نصيبه أنقص -والله أعلم- .

قال في "الأقضية" : وإذا وقعت الدعوى في دار في يد رجل بسبب الميراث عن الأم، وللميت ورثة سوى هذا المدعى، فطلب من القاضي أن يكتب له يعني محضر الدعوى، فالقاضي يكتب : حضر فلان، وأحضر معه فلان، يصف المدعى عليه، ثم يكتب : وذكر فلان الذي حضر أن أبا فلان ذكر اسم أبيه ونسبه إلى أبيه وجده؛ لأنه يريد إثبات الملك للأب ليملك النقل إلى نفسه بالإرث، فلا بدّ وأن يصير الأب معلومًا ليمكن إثبات الملك له، والنقل منه بالدعوى، وأنه غائب، والغائب لا يعلم إلا بذكر الاسم والنسب، ثم يكتب أنه مات، وخلف من الورثة ابنًا له، وهو الذي حضر، وزوجة له، وهي فلانة بنت فلان ابن فلان، وبنتًا له، وهي فلانة بنت فلان ابن فلان، ولا وارث له سواهما، وهذا لأنه يريد إثبات الوراثة لنفسه، فلا بد من بيان سببها لنفسه، والبنوّة سبب، ولا بد من بيان عدد الورثة ليُعلم نصيبه، فيقع القضاء بما هو معلوم، ثم يكتب : وترك من ماله الدار التي في بلدة كذا في محلة كذا، في سكّة كذا، أحد حدودها والثاني والثالث والرابع كذا، ثم يذكر في الحد لزيق دار مهر فلان، وإن شاء يذكر دار فلان، وقد مرّ هذا في فصل جلوس القاضي .

بعد ذلك ينظر إن كان في ذكر الحد ذكر إلى دار فلان لا يكتب بحدودها؛ لأن بين من جوز ذكر فلان يدخل في الحد اختلافًا أنه إذا كتب بحدودها، هل يجوز الدعوى؟ وهل يصح المكتوب؟

بعضهم قالوا : لا يصح؛ لأن دار فلان تدخل في الدعوى، وقال علماءنا : تصح، ولاتدخل دار فلان في الدعوى؛ لأن الناس في عرفهم وعاداتهم لايريدون به أن يكون دار فلان داخلا في الدعوى، واعتبار العرف واجب، وإن كان بين العلماء رحمهم الله اختلافًا على نحو ما قلنا، والكتابة للتوثيق يجب أن يكون على أحوط الوجوه؛ ليقع الأمن عن إبطاله، وإن كان في ذكر الحد لزيق دار فلان، يكتب بحدودها إن شاء، ويجوز بلا خلاف؛ لأنه لا يؤدي إلى أن تدخل دار فلان في الدعوى، ثم إذا كتب في الحد لزيق، لا فرق بين أكثر جماعة من أهل الشروط أن يكتب لزيق دار فلان وبين أن يكتب لزيق دار ينسب إلى فلان، كل ذلك جائز .

وقال بعضهم : ينبغي أن يكتب : لـزيق دار ينسب إلى فلان ، حتى إنها إذا لم تكن مملوكة لفلان لا يكون كاذبًا فيه ، وعامة أهل الشروط والوثيقة قالوا : الإضافة بحكم الظاهر جائزة ، ألا ترى أن فى الشهادة جوّزوا[١] ، لأن الإضافة بحكم الظاهر جائزة ، ألا ترى أن فى الشهادة جوّزنا الإضافة بالظاهر ، وأكثر أحكام الشرع مبنية على الظواهر .

ثم يكتب بحدودها كلها وحقوقها ؛ لأن بدون ذكر الحدودو والحقوق لايدخل المسيل والطريق ، فلا يفيد استحقاق الدار ؛ لأنها تتعطل عليه ، ولا يمكنه الانتفاع بها ، ولا ينبغي أن يكتب : وطريقها ومسيل ماءها ؛ لأنه لو كان باب الدار على طريق العامة ، يصير مدعيًا ملكية طريق العامة لنفسه ، وكذلك لو كان الميراث منسوبا على طريق العامة ، يصير[٢] مدعيًا ملكية ذلك الموضع لنفسه ، وأنه لايجوز .

ثم يكتب : ومرافقها التى هى لها من حقوقها ؛ لأن الخلاف ظاهر [لنفسه ، وأنه لا يجوز ثم يكتب[٣]] فى تفسير المرافق[٤] ، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله المرافق غير الحقوق ، وأنها عبارة عن منافع الدار ، وفى ظاهر الرواية المرافق عبارة عن الحقوق ، فكان الأحوط أن يكتب من حقوقها ليكون ذكر الحقوق بالاتفاق .

ثم يكتب : وكل قليل وكثير هو فيها ومنها ، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الشفعة ، وذكر فى موضع آخر : وكل قليل أو كثير هو فيها ومنها ، وهكذا ذكر فى كتاب الوقف ، قال أبو زيد الشروطى رحمه الله : لا ينبغي أن يكتب أو ، لأنها للتشكيك ، فكان المراد به أحد المذكورين ، وباعتباره يصير المدعى به مجهولا ، ولكنا نقول : كلمة "أو" يراد بها فى مثل هذا الموضع الجمع ، لا التشكيك عرفًا ، ومعناه أن جميع الحقوق داخلة فى الدعوى قلّت أو كثرت ، يقال : وهبت لك ما فى كيسى درهمًا كان أو ديناراً .

ثم يكتب فى آخره من حقوقها ؛ لأنه لو لم يذكر ذلك ، ففى ظاهر الرواية إن كان

---

(١) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل : جوّزوا مشايخنا رحمهم الله جوّزوا ذلك ؛ لأن الإضافة .

(٢) هكذا فى ظ ، والأصل ، وكان فى م : نظير مكان : يصير .

(٣) هكذا فى الأصل وم .

(٤) هكذا فى الأصل وظ ، وكان فى م : بغير المرافق مكان : فى تفسير المرافق .

هذا منصرفًا إلى ما كان من توابع الدار، فعند أبي يوسف رحمه الله: يدخل فيه كل ما في الدار مما يحتمل التمليك، حتى إن عند أبي يوسف رحمه الله يدخل فيه جواري المدعى عليه اللاتي في الدار، ومتاعه الموضوع فيها، ويكتب في آخرها من حقوقها لينتفي به ما توهّمه أبو يوسف رحمه الله[1].

ثم يكتب: وكل حق لها داخل فيها، وكل حق هو لها من حقوقها خارج منها، ولايكتب: وكل حق هو لها داخل وخارج منها، هكذا ذكر الطحاوي.

ثم يكتب: وينبغي أن يكتب أرضها وبناءها سفلها وعلوها، ولا يكتب سفله علوه، ثم العلو والسفل يدخلان في دعوى الدار من غير ذكر، وفي دعوى المنزل لا يدخل العلو إلا بالذكر، أو بذكر الحقوق، وفي دعوى البيت لا يدخل بذكر الحقوق، ويشترط ذكره.

والكنيف الشارع يدخل في دعوى الدار من غير ذكر، والظلة[2] وهي الساباط الذي على الطريق أحد جانبيه على هذه الدار، عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يدخل من غير ذكر الحقوق، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يدخل إذا كان مفتحهما إلى الدار.

١٤٦٩٣- والمربط والمطبخ يدخلان في دعوى الدار إذا ذكر الحقوق والمرافق، أو لم يذكر، وفي دعوى المنزل لا يدخل، وإن ذكر الحقوق والمرافق، ثم يكتب ميراثًا عنه لورثة هؤلاء المسمون على فرائض الله تعالى، كذا كذا سهما نصيب المرأة، كذا نصيب الابن كذا، ونصيب البنت كذا، وهذا لأنه يريد إثبات الاستحقاق لنفسه بالإرث، ولا يمكنه ذلك إلا بجر[3] الميراث عند أبي حنيفة ومحمد على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، وهو أن يقول: تركها ميراثًا لورثته، فلهذا يكتب ميراثًا عنه لورثته، ثم يسمى الفريضة وأنصباء الورثة من ذلك ليعلم قدر ما يصب المدعى من ذلك، فيكون المدعى به معلومًا.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: وأبو يوسف.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في ظ وم: الظلمة مكان: الظلة.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل: إلا بجبر الميراث، وكان في م: إلا تخير الميراث.

ثم بعد ذلك لا يخلو: إما أن يدعى لنفسه نصيبه من الدار، أو يدعى جميع الدار بحكم القسمة مع الورثة، فإن ادعى نصيبه من الدار، يكفيه[١] هذا المقدار الذى ذكر فى الكتاب، وإن ادعى جميع الدار يكتب، وترك أيضًا مع الدار سواها من العقار والعروض والأراضى والنقود، وقد جرت القسمة الصحيحة بين هؤلاء الورثة بالتراضى، فوقعت هذه الدار فى نصيب هذا الابن المدعى، وأنها اليوم ملك هذا الابن المدعى بهذين الشيئين.

ويذكر أيضًا قبض باقى الورثة حصصهم على ما مر قبل هذا، وأنها فى يد فلان ابن فلان هذا المدعى عليه الذى أحضره بغير حق، وأنه يمنع جميع ذلك منه إن كان يدعى جميعها، وإن كان يدعى نصيبه يذكر، وأنه يمنع نصيبه بغير حق، فواجب عليه قصر يده عما ادعى، وتسليمه إلى هذا المدعى.

وإنما شرطنا أن يقول فى الدعوى: وإنها فى يد هذا المدعى عليه الذى أحضره؛ لأن الذى أحضره إنما يكون خصمًا باعتبار يده، فلا بد من أن يثبت يده عليها حتى ينتصب خصمًا، فسمع القاضى الدعوى عليه.

وإن شئت كتبت من وجه آخر، وكتبت حضر وأحضر، فادعى هذا الذى حضر على هذا الذى أحضره معه أن جميع الدار التى فى محلة: كذا فى صكّة، كذا حدودها، كذا بحدودها وحقوقها أرضها وبناءها[٢]، وسفلها وعلوها، وكل حق هو لها داخل فيها، وحق هو لها خارج منها، كانت ملكًا لفلان ابن فلان والد هذا المدعى وحقه وملكه إلى أن توفى، وخلف من الورثة ابنًا له هذا المدعى، وورثة أخرى سواه من البنين فلان وفلان، ومن البنات فلانة وفلانة لا وارث له سواهم، وصارت هذه الدار المحدودة الموصوفة فيه ميراثًا عنه لورثة هؤلاء المسمّون فيه على فرائض الله تعالى على كذا سهمًا، ثم يتم كتاب الدعوى على نحو ما بينّا.

ثم إذا صح الدعوى سأل القاضى المدعى عليه عن دعواه، فإن أجابه بإقرار أثبت

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: بكيفية.

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: بنيانها.

إقراره فى محضر الدعوى بلفظ، وألزمه[١] الخروج عن دعواه، وإن أجابه بالإنكار بجميع ما ادعى، سأل المدعى البينة، فإن زعم المدعى أن له بينة، أمره أن يحضرهم مجلس القاضى.

ثم على رسم القضاة اليوم فى ديارنا يكتب أسامى الشهود وأنسابهم، وحلاهم[٢] وأماكنهم ما يُعرفون به، فيكتب: فأحضر من الشهود رجلا ذكر أنه فلان، ويحليه[٣] ويستقصى فى تعريفه، وهذا إذا كان لا يعرفه القاضى، وإن كان يعرفه يكتب: فأحضر من الشهود فلان ابن فلان، ينسبه إلى أبيه وجده، ويستغنى عن التحلية، ويجعل بين اسم شاهدين فرجة من البياض، يمكنه كتابة لفظة الشهادة التى سمعها منه فيها.

ثم إن كان الشهود ممن[٤] لا يقدرون على أداء الشهادة عن ظهر القلب لحصرهم[٥]، أو لهيبة مجلس القضاء، يكتب الكاتب لفظة الشهادة على موافقة الدعوى، كما ذكر الكاتب للشاهد فى بياض، وإن كانوا ممن لا يعتريهم حصر، ولا هيبة مجلس القضاء، فالقاضى يتولى كتابة الشهادة فى تلك الفرجة، ويسأل شهود المدعى واحدًا بعد واحد عن شهادته بحضرة المدعى عليه؛ لأنه يحتاج إلى تصحيح الشهادة، والإشارة إلى المدعى عليه، فلا بد من حضرة المدعى عليه ليمكنه الإشارة إليه.

١٤٦٩٤- ثم إذا شهد شهود المدعى، فالقاضى يسألهم: هل كانوا يعرفون فلانًا والد المدعى؟ لأن المدعى يحتاج إلى إثبات ثلاثة أشياء، موت المورث ووراثته منه، وانتقال الدار إليه منه بالإرث، وإثبات الملك للمورّث فيها يوم الموت، وإنما تصح الشهادة على الموت ممن يعرف الميت، وكذلك الشهادة على وراثة المدعى الميت،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان الأصل: وأمرته الخروج وكان فى م: وأمر أنه الخروج.

(٢) وفى م: وحلامهم.

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: مجلسه.

(٤) هكذا فى الأصل، وكان فى م: فمن.

(٥) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: لمحضرهم.

وانتقال الدار إلى المدعى من الميت بالإرث، إنما يصح ممن يعرف الميت، فأما من لايعرفه كيف يشهد على ذلك كله، فيسأله عن والد المدعى لهذا، فإن قالوا: تعرفه سألهم عن الموت، فإن شهدوا بذلك كتب، فشهدوا أن فلان ابن فلان الفلانى المعروف بكذا من التجارة ومن الصناعة[1] توفى، وكانوا يعرفونه معرفة قديمة باسمه ونسبه، وأنهم يشهدون عن معرفة قديم.

ثم سأل عن وارثه، فإن شهدوا بذلك كتب، وترك من البنين فلانًا الذى حضر، وهو هذا المدعى، وفلان وفلان، ومن البنات فلانة وفلانة، وامرأته فلانة بنت فلان ابن فلان، وهذا إذا كانوا يعرفون جميع الورثة.

فأما إذا كانوا يعرفون بعض الورثة، كتب شهادتهم لمن يعرفون من الورثة، ثم يكتب لايعـــرفون له وارثًا غير هؤلاء، ويكون وراثة من سوى المدعى الذى أقر له المدعى بالوراثة ثابتًا بإقرار المدعى؛ لأنه صار وارثًا بالبينة، وإقرار الوارث بورثة أخر صحيح فى حقه، فإذا شهدوا بذلك سألهم، هل يعرف الدار التى ادعاها أنها كانت لوالده؟ فإن ذكروا معرفتها، وشهدوا أنها كانت لوالده إلى أن مات وتركها ميراثًا لورثته هؤلاء، وأتوا بالشهادة على وجهها، كتب ذلك على ما شهدوا به، وأنها اليوم فى يد المدعى عليه، ولا بد لتصحيح الشهادة من جرّ الميراث عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وكذلك لا بدّ لتصحيح الشهادة على ملكية الدار أن يذكر الشهود فى شهادتهم أنها فى يد المدعى عليه، والإقرار لا يكفى حجة لإثبات يده، حتى إن المدعى والمدعى عليه إذا تصادقا أن الدار المدعى به فى يد المدعى عليه، لا تقبل البينة على ملكية الدار إلا بعد شهادة الشهود على يد المدعى عليه بأن شهدوا أنها فى يده اليوم، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله، بخلاف المنقول، فإنه إذا أقر المدعى عليه أنه فى يده يكفى لأن فى المنقول لا يخلو: إما أن يكون العين قائمًا، أو مستهلكًا فى يد المدعى عليه، فإن كان قائمًا، فلا بد من الإحضار لتصحيح الدعوى والشهادة، وعند الإحضار يعرف القاضى معاينة أنه فى يد المدعى عليه.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى م: القصاعة وكان فى الأصل: القضاعة.

وإن كان مستهلكًا، وقال المدعى عليه : استهلكتها، أو قال : هلك عندى، فقد أقر على نفسه بوجوب الضمان، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، فلا حاجة إلى الشهادة على أنه فى يده، فأما فى العقار يمكن تهمة المواضعة.

ووجه ذلك : أن المدعى ربما يواضع رجلا، ويحضره مجلس القضاء، ويدعى عليه العقار، فيقرّ بأن العقار فى يده، فيقضى القاضى عليه، والعقار فى يد غيره، فيكون قضاء على الغائب؛ لأن العقار لم يكن فى يد المدعى عليه حقيقة، فلمكان هذه التهمة لا يكتفى القاضى بمجرد الإقرار، حتى يشهد الشهود على ذلك، فتنتفى هذه الريبة، بخلاف المنقول على ما ذكرنا.

فإن شهدوا أنها فى يد المدعى عليه، هل يسألهم عن سماع يشهدون أنها فى يده، أو عن معاينة، حكى عن القاضى الإمام الخليل بن أحمد : أن القاضى يسألهم عن ذلك، وهو الصحيح؛ لأنهم ربما سمعوا إقراره أنها فى يده، فظنوا أن ذلك يطلق لهم أداء الشهادة على يده عليها، وأنه موضع الاشتباه، فقد اشتبه على كثير من الفقهاء اشتراط إقامة البينة لإثبات يده، وما لم يعاينوا يد المدعى عليه، لا يحل لهم أداء الشهادة على أنها فى يده، فلهذا أوجب السؤال.

فإن ذكروا أنهم يشهدون على معاينة قبلها، وإلا لم تقبل شهادتهم، قال القاضى رحمه الله : وهكذا إذا أشهدوا على البيع والتسليم، فالقاضى يسألهم أتشهدون على التسليم بإقرار البائع، أو عن معاينة؟ لأن الحكم فيهما مختلف، فإنهم إذا شهدوا عن معاينة البيع والتسليم كانت شهادة بملك البائع يوم البيع، وإن شهدوا على إقراره، لا يكون شهادة على ملك البائع، فوجب السؤال إزالة لهذه الشبهة.

ولو أن الشهود لم يشهدوا أن هذه الدار فى يد المدعى عليه، وقال المدعى : أنا آتى بشاهدين آخرين، يشهدان أنها فى يد المدعى عليه، فإن القاضى يقبل منه ذلك البينة؛ لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعى بسبب الوراثة، وباليد للمدعى عليه لينتصب خصمًا لإثبات دعواه، ولا فرق بين أن يثبت كلا الأمرين بشهادة فريق واحد، وبين أن يثبت كل أمر بشهادة فريق واحد، هذا كما ذكروا أن الشهود إذا شهدوا بالملك فى المحدود، وشهد فريق آخر على الحدود أنه يقبل الشهادتان جميعًا، كذلك إذا شهد

شاهدان على الاسم والنسب، ولم يعرفا الرجل بعينه، وشهد آخران أن هذا الرجل هو المسمى بذلك الاسم والنسب أنه يقبل ذلك، ويجعل كما لو أثبت الإقرار أن بشهادة فريق واحد، كذلك ههنا.

١٤٦٩٥- ولو قالت الشهود: نشهد أن الدار التى بالكوفة فى بنى فلان، ويذكر حدودها الأربعة ملك المدعى بهذا السبب، ولكنا لا نعرف حدودها، ولا نقف عليها، وقال المدعى: أنا آتى بشاهدين آخرين يشهدان أن هذه الدار المدعى بها على ذلك الحدود، ويعرفون لذلك هل يقبض القاضى ذلك منه؟ فهذه ثلاث مسائل: إحداها هذه.

وجوابها: إنه ذكر فى بعض الروايات أنه لا تقبل، وذكر فى عامة الروايات أنه يقبل، وهو الأصح، وجه ذلك أن تحمل الشهادة على الأملاك غالبًا يكون على هذا الوجه؛ لأن الشاهد إنما يتحمل الشهادة على الملك إذا علم سبب الملك، والبائع يقر بين يدى الشاهدين ببيع الدار التى فى محلة كذا فى سكة كذا، ويذكر الحدود الأربعة، والشهود فى الغالب لايعرفون جميع ذلك لو اعتبرنا علمهم بالحدود يحتاجون إلى الذهاب إلى موضع الدار، وعسى يذهبون، وعسى لايذهبون، فيؤدى ذلك إلى الحرج، فإذا قالوا للقاضى: تحملنا هذه الشهادة بهذه الحدود، ولكنا لا نقف على الحدود، وما رأيناها، وقال المدعى: أنا آتى بشاهدين آخرين يشهدان لهذه الدار المدعى بها بهذه الحدود، فالقاضى يقبل ذلك منه.

وإن لم يأتِ المدعى بشهود آخرين يشهدون أن هذه الدار المدعى بها على هذه الحدود، وطلب من القاضى أن يبعث آمنين من أمناءه إلى الدار حتى يتعرّفا عن حدودها وأسماء جيرانها، أجابه القاضى إلى ذلك، فإذا بعثهما[1] القاضى، وتعرفا عن حدود الدار وأسماء جيرانها، فوافق ذلك الحدود التى ذكرها الشهود، قضى القاضى بالدار للمدعى بشهادتهم؛ لأنهم شهدوا بملكية دار معلومة؛ لأن العقار إذا كان غائبًا، فإعلامه بذكر الحدود، وقد وجد بعد ذلك الحاجة إلى تعيين الدار المحددة للتسليم، فإذا علم القاضى بإخبار الآمنين أن هذه الدار المعينة التى فى يد المدعى عليه هى ما شهدت به

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: فإذا أقامها.

الشهود، فقد علم بوجوب تسليمها إلى المدعى، فيقضى بها للمدعى، ويأمر المدعى عليه بتسليمها إلى المدعى، وإن خالف ذلك الحدود التى ذكرها الشهود، وأخبر الأمينان القاضى بذلك لا يقضى بشهادتهم؛ لأنهم شهدوا بما لم يعلموا، ولأن الدار التى فى يد المدعى عليه إذا لم تكن بتلك الحدود، ظهر أن الشهود شهدوا بما ليس فى يد المدعى عليه، فكانت هذه شهادة على غير خصم، فلا تقبل.

١٤٦٩٦- المسألة الثانية لو قال الشهود: نحن نعرف الدار، ونقف عليها، ونشير إلى حدودها إذا قمنا ثمّة، ولكن لا ندرى من جيرانها، فالروايات مضطربة[1] فى هذه المسألة ذكر فى بعضها ببعث القاضى آمنين من أمناءه مع المدعى والمدعى عليه إلى الدار، حتى يشهد الشهود بحضرة الدار، ويشيروا إلى حدودها، ثم يتعرف الأمينان أسماء الجيران، ويخبران القاضى، فإن وافق ما قاله المدعى بحكم القاضى بذلك، وذكر فى بعضها أنه يبعث الأمينين مع الشهود حتى يشيروا إليها بالدار، وحدودها، فيتعرفان أسماء جيرانها، ثم يشهدوا جميعًا عند القاضى، فيقضى بشهادتهم التى كانت عنده، وأظهر الجواب شهادة الشهود بحضرة الأمينين والدار؛ لأن الأمين نائب القاضى، فكانت الشهادة عنده كالشهادة عند القاضى، ولو كانوا بحضرة العقار لا يحتاج إلى بيان الحدود؛ لأن الإشارة كافية لتعريف، كما فى المنقول؛ لأن تعرف الأمينين أسماء الجيران لكتابة السجل لا لتنفيذ القضاء؛ لأن القضاء بدونه ماضٍ على المدعى عليه.

١٤٦٩٧- المسألة الثالثة: إذا قال الشهود: نحن نعرف أن هذه الدار ميراث لهؤلاء الورثة عن هذا المورّث، ولكن لا نعلم أسماء الجيران، إنما نعرف أن تلك الدار فى محلة كذا فى سكة كذا بحضرة مسجد كذا تلاصق دار فلان فى رقبة كذا، وجاء المدعى بشاهدين يشهدان على الحدود، فإن القاضى لا يقضى بشىء؛ لأن الذين شهدوا بالملك، لم يشهدوا إلا بحد واحد، واللذان شهدا بالحدود لم يشهدا بالملك، فلا يمكن القضاء بها أصلا، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمّة إنما شهدوا بملك الدار عند معاينة الدار بالإشارة إليها، فوقع الاستغناء عن ذكر الحدود للقضاء بالملك، أما ههنا بخلاف.

(١) وفى م: مضبوطة.

١٤٦٩٨- ثم إذا شهد الشهود للمدعى عند القاضى، وكان فيمن شهد رجلان عدلان يعرفهما القاضى بالعدالة والرضا، سأل القاضى المدعى عليه عن حجة يدفع بها ما شهد به الشاهدان، وبين أنه عرفهما بالعدالة، وإنه يريد القضاء عليه، حتى لو كانت له حجة يأتى بها؛ لأن القاضى إنما ينبغى له أن يقضى بحجة المدعى إذا لم يأتِ المدعى عليه بحجة تعارضها، وإن لم يعرفهما القاضى، وعدّلهما شاهدان فى السرّ والعلانية بين لخصم أنه سأل عنهما المزكين، فنسبوهما إلى العدالة، ثم يسأله الدفع إن كان له، فإن أحضر حجة، صلحت دافعة لدعوى المدعى عليه قبلها، ودفع دعوى المدعى بها، وذلك مثلا بأن كان المدعى يدعى ملكًا مطلقًا، ويقيم عليهم البينة، فيدعى المدعى عليه أنه اشتراه منه، ويقيم البينة عليه.

وإن ذكر فى ذلك كله أن له حجة يحضرها يمهله بقدر ثلاثة أيام، أو ما أشبهها مما لايبطل به حق المدعى، ويعلمه أنه إن أتى بدفع فى هذه المدة قبل منه، وأبطل دعوى المدعى، وإن لم يأتِ بدفع، حتى مضت هذه المدة، وجّه عليه القضاء؛ لأنه لا يمكنه إقامة الحجة إلا بمدة؛ لأن الشهود ربما كانوا غُيّبًا، فيحتاج إلى مدة ليمكنه إحضارهم، فيمهله لهذا، ولكن لا يمهله على وجه يبطل حق المدعى، فيمهله ثلاثة أيام، أو ما أشبه.

فإن مضى الوقت، ولم يأتِ بحجة أمر المدعى حتى يحضر المدعى عليه؛ لأنه جاء أوان الحكم، ولا بدّ لصحة الحكم من حضرتهما، ثم يكتب حضورهما فى الكتاب؛ لما ذكرنا أن حضرتهما شرط لصحة القضاء، ويكتب: فسأل فلان المدعى هذا المذكور اسمه ونسبه فى هذا الكتاب هذا القاضى إنفاذ القضاء بما ثبت عنده على فلان ابن فلان؛ لأن القضاء حق المدعى، وحق الإنسان لا يوفى إلا بطلب، ثم يكتب: فأنفذ القاضى القضاء بوفاة فلان، وإنه ترك من الورثة فلانًا وفلانًا، وجعل الدار المحدودة المذكورة فى هذا الكتاب ميراثًا منه لورثته فلان وفلان؛ لأن القضاء بالميراث يقع لهم، فلا بد من ذكرهم لبيان المقضى له.

ثم يكتب: وكان ذلك منى بعد ما استحلفه المدعى بالله ما تعلم أن أباك قد باع هذه الدار، ولا وهبها، ولا خرجت عن ملكه، ولا شىء منها بوجه من الوجوه حتى توفى،

وهذا الاستحلاف إنما يتأتى على قول أبى يوسف رحمه الله .

١٤٦٩٩- وإن كان المدعى ادعى دينًا دراهم أو دنانير ، كتب بعد سؤال المدعى إنفاذ القضاء ، فاستحلف القاضى فلان هذا المدعى الذى حضر أنه ما قبض من الألف الدراهم ، أو الدنانير التى ادّعاه على فلان ابن فلان هذا الذى أحضر معه قليلا ولا كثيرًا ، ولكن هذا التفريع على قول أبى يوسف رحمه الله ، فإنه يستحلف المدعى من غير طلب المدعى عليه .

فأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يريان ذلك بدون طلب المدعى عليه ، وفرّقا بين هذا ، وبينما إذا ادّعى رجل على ميت دينًا ، فإن القاضى يستحلف المدعى على الإبراء والقبض على ما وصفنا ، وإن لم يدعه الوارث ؛ لأن الدعوى هناك فى الحقيقة على الميت ، والميت عاجز عن النظر لنفسه ، (أما المدعى عليه فى المسألة المذكورة قادر)[1] بنفسه ، فيمكن أن يطلب من القاضى أن يحلف المدعى ، فلا يحلفه القاضى بدون طلبه .

١٤٧٠٠- ولو كان إنما ادعى دارًا ، أو ثوبًا ، أو غير ذلك من العروض سوى الدور كتب ، فسأل فلان الذى حضر ، يعنى المدعى إنفاذ القضاء بما ثبت له على فلان ابن فلان المدعى عليه فى الدار المحدودة فى هذا الكتاب ، أو فى الثوب ، فاستحلف القاضى فلان ابن فلان المدعى بالله ما باع هذه الدار ولا وهبها ، ولا تصدق بها ، ولا خرجت عن ملكه بوجوه من الوجوه ، ولا شىء منها ، وهذا الاستحلاف على قول أبى يوسف رحمه الله أيضًا على ما مرّ .

وإن كان إنما ادّعى ميراثًا كتب ، فأنفذ القاضى القضاء بوفاة فلان ، وأنه ترك من الورثة جماعة ، وهم فلان المدعى هذه وفلان وفلان حتى يسمع جميع الورثة ما شهد به الشهود ، ثم يكتب واستحلف القاضى المدعى بالله ما تعلم أن أباه فلان ما باع هذه الدار ، ولا وهبها ، ولا خرجت عن ملكه ، ولا شىء منها بوجه من الوجوه حتى توفى ، وهذا أيضًا على قول أبى يوسف رحمه الله .

ثم فى دعوى الدين إذا كتب تحليف المدعى يكتب بعد ذلك ، فأنفذ القاضى

---

(١) هذه العبارة فى ظ فقط .

القضاء لفلان المدعى هذا على فلان المدعى عليه هذا بألف درهم وزن سبعة وضحا؛ لأنه لا بدّ من إعلام ما صار مقضيّا به لتصحيح القضاء، وذلك بذكر الجنس، وهو الدراهم، وبالقدر وهو الألف، وبالنوع وهو وزن سبعة، والصفة وهو قوله: وضحا، فالدين يصير معلومًا بهذه الأشياء، ولا يصير معلومًا دونها أصله السلم.

والمراد من الوضح الجيد الصافى، فهذه إشارة إلى الجودة، والجودة صفة، وقوله: وزن سبعة، اختلفوا فى تفسيره، قال بعضهم: ما كل مائة منها سبعة مثاقيل، وعلى هذا القول وزن خمسة كل مائة منها خمسة مثاقيل، والأصح أن المراد منه ما يزن كل عشرة منها سبعة مثاقيل، وهو وزن الدراهم فى ديارنا.

واختلفوا فى وزن الدراهم على عهد رسول الله ﷺ قال بعضهم: إنها كانت على وزن سبعة، وقال أهل الحديث: إنها كانت على وزن ستة، والأصح أنها كانت على وزن خمسة، وكذلك على عهد أبى بكر الصديق رضى الله عنه، ثم صارن وزن سبعة على عهد عمر رضى الله عنه، هو المشهور.

وكذلك اختلفوا أن الدراهم متى صارت مدوّرة؟ والمشهور أنها صارت مدوّرة على عهد عمر رضى الله عنه، وقبل ذلك كانت تشبه النواة.

١٤٧٠١- وإن كانت الدعوى فى الميراث كتب: وأنفذ القاضى القضاء لفلان ابن فلان الميت، يعنى أب المدعى على فلان ابن فلان الذى أحضره، يعنى المدعى عليه بالدار المحدودة فى هذه الكتاب؛ لأن المقضى له هو الميت، والوارث يخلف الميت فى حقوقه، فيكون القضاء للأصل، ولكن عند دعوى الخلف، ولهذا المعنى يقضى منه ديون الميت، وينفذ وصاياه[١].

ثم يكتب فى ذلك على ما شهد به الشهود؛ لأن القضاء بناء على الحجة، وهى الشهادة، فيبين[٢] أن القضاء حصل على موافقة الشهادة؛ ليعلم أنه على نهج الحجة موافق.

ثم يكتب: وجعل فلان ابن فلان الذى أحضر يعنى المدعى عليه حجته إن كانت

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى م: قضاءه.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: فينبغى.

حجة فى ذلك، أو مخرج؛ لأن بينة الدفع بعد القضاء مسموعة، فبين للخصم ذلك، حتى إنه إذا كان جاهلا بذلك يصير معلومًا له تحقيقًا لمعنى العدل.

ثم يكتب: وأنفذ ذلك كله، وقضى به على ما سمى، ووصف فى هذا الكتاب بمحضر من فلان وفلان، يعنى المدعى والمدعى عليه؛ لأنه إنما يصح القضاء للمدعى على المدعى عليه بالإشارة إليهما ليتحقق إعلام المقضى والمقضى عليه، وإنما يمكن الإشارة إذا كانا حاضرين.

وإن كان ميراثًا يكتب بعد قوله: على ما شهد به الشاهدان عنده فى ذلك، وجعلها ميراثًا منه لورثته المسلمين فى هذا الكتاب؛ لأنه إنما يقع القضاء بالميراث لهم، فلا بد من ذكرهم لبيان المقضى له.

ثم يكتب بعد ذلك: وجعل فلانًا المدعى عليه على حجة، ودفعه متى أتى به يوما من الدهر، أنفذ القاضى ذلك، وقضى به بمحضر من فلان ابن فلان، يذكر المدعى والمدعى عليه، وأمره يعنى المدعى بقبض الدار؛ لأن تمام القضاء بملك الدار بتسليم الدار إلى المقضى له، فهو المقصود من دعوى الدار، وهذا لأن الملك لايثبت للمدعى بقضاء القاضى؛ لأن الملك ثابت له قبل القضاء، فلا حاجة إلى الدعوى، والقضاء لأجله، وإنما الحاجة إليه لأجل التسليم؛ لأن يده قاصرة عن ملكه، فيرفع الأمر إلى القاضى، ويثبت حقه فى الدار ليوصله القاضى إلى الدار.

وإن كتب: وأمر فلانًا المدعى عليه بتسليم هذه الدار المحدودة فى هذا الكتاب إلى فلان المدعى هذا، فسلمها إليه بأمر القاضى، كان أبلغ ليعلم تمام القضاء باتصال الحق إلى المدعى بالتسليم إليه.

ثم يكتب فى آخر ذلك كله فى مجلس قضائى بين الناس فى كورة كذا، يكتب الكورة؛ لما ذكرنا أن المصر شرط صحة القضاء فى ظاهر الرواية، فيكتب الكورة، حتى لا يبقى لطاعن مجال الطعن.

١٤٧٠٢- ومن جنس هذه المسائل: رجل ادعى على رجل، أن له على فلان ألف درهم دين، وأنه مات قبل أن يؤديها إليه، وأن فى يديك ألف درهم من ماله، وطالبه بقضاء الدين من ذلك المال، فالقاضى لا يسمع دعواه؛ لأن الدعوى إنما تسمع

على الخصم، والمدعى عليه ليس بخصم له في هذه الصورة؛ لأنه لا يدعى عليه شيئًا، ولا في يده شيء، وإنما يدعى دينًا على الغير، وأنه ليس بخلف عن ذلك الغير ليسمع الدعوى عليه بطريق الخلافة، فلا تسمع دعواه، وإذا لم تسمع دعواه، لا يحلف المدعى عليه، ولو أقام بينة لا تسمع بينته -والله أعلم بالصواب- .

الفصل السابع والعشرون
فى الحبس والملازمة

١٤٧٠٣- يجب أن يعلم بأن الحبس لأجل الدين مشروع، ثبتت شرعيته بقوله ﷺ لصاحب حق اليد واللسان، والمراد من اليد الحبس، وقال النبى ﷺ: «مطل الغنى ظلم»[1]، يحل عقوبته، والحبس نوع عقوبة، والخلفاء الراشدون حبسوا من غير نكير منكر، والمعنى فى ذلك أن المديون تعدّى على صاحب الحق يمنع ماله عنه، وحال بينه وبين منافع ماله، فيحال بينه وبين منافع نفسه، ليكون حيلولة بإزاء حيلولة، قال الله تعالى: ﴿فَمَنِ اعتَدى عَلَيكُم فَاعتَدُوا عَلَيهِ بِمِثلِ مَا اعتَدى عَلَيكُم﴾[2].

١٤٧٠٤- وإذا جاء رجل برجل إلى القاضى، وأثبت عليه ماله ببينة، وأقر الرجل له، فالقاضى لا يحبسه من غير سؤال المدعى، هذا هو مذهبنا، وقال شريح رضى الله عنه: يحبسه من غير سؤال المدعى.

وإذا سأل المدعى عن ذلك، ذكر فى "كتاب الأقضية": أن القاضى لا يحبسه فى أول الوهلة، ولكن يقول له: قُم فأرضه، فإن عاد مرة أخرى حبسه، ولم يفصل بين الدين الثابت بالإقرار وبين الدين الثابت بالبينة، وهو اختيار الخصاف رحمه الله؛ لأن الحبس جزاء الظلم بمنع الحق، وذلك لا يظهر فى أول الوهلة؛ لأن من حجة المديون أن يقول فى فصل الإقرار: إنما لم أرد الدين لظنى أنك تمهلنى، فإن أبيت أن تمهلنى أودى فى الحال، وفى فصل البينة يقول: ما كنت عالـمًا بالدين قبل هذا.

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٢١٦٦ و٢١٦٧ و٥٠٥٣٠)، ومسلم فى "صحيحه" (١٥٦٤)، وابن الجارود فى "المنتقى" (٥٩٩)، وأبو داود فى "سننه" (٣٣٤٥)، والترمذى فى "سننه" (١٣٠٨-١٣٠٩)، والدارمى فى "سننه" (٢٥٨٦)، وابن حبان فى "صحيحه" (٥٠٥٣)، وأبو عوانة فى "مسنده" (٥٢٤٦)، والبيهقى فى "الكبرى" (١١١٦٩)، والنسائى فى "سننه" (٤٦٩١)، ومالك فى "الموطأ" (١٣٥٤)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٢٤٠٢)، والطبرانى فى "الأوسط" (٣٦١٥)، وأحمد فى "مسنده" (٩٩٧٤) وغيرها من كتب الحديث.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

والمذهب عندنا أن فى فصل البينة يحبس فى أول الوهلة ، وفى فصل الإقرار لا يحبس فى أول الوهلة ؛ لأن الحبس جزاء الظلم ، ولم يظهر الظلم فى فصل الإقرار لما مرّ ، وفى فصل البينة ظهر الظلم ؛ لأنه أظهر المماطلة حتى احتيج إلى البينة ، ثم فى فصل الإقرار إذا لم يحبسه فى أول الوهلة ، هل يحبسه فى المرة الثانية؟ ذكر فى بعض الروايات : أنه يحبسه ، وذكر فى بعضها : أنه لا يحبسه ، إنما يحبس فى المرة الثالثة .

١٤٧٠٥- وفى "نوادر هشام" : قال : سألت محمدًا رحمه الله عن الحاكم إذا تقدم إليه الرجل ، وعليه دين ، أقر به فأخبرنى أن أبا حنيفة رحمه الله ، قال : لا أحبسه أول ما قدمه ، قال : وهو قول محمد إلا أن محمدًا رحمه الله قال : أقدم إليه ، وأقول : إن أعادك إليه ، ولم تعطِهِ حق حبستُك ، قلت : فإن أعاده إليك من يوم ، ولم يعطِهِ ، قال : هذا قريبٌ مما قلت ، فترى ثلاثة أيام ، فكأنه لم يرَه ، إلا أنه قال : هو حبس ، ثم إذا جاء أوان الحبس ، فإن عرف القاضى يساره حبسه ، وإن لم يعرف يساره [و][1] لا يسأله : ألك مال؟ هذا هو ظاهر مذهب أصحابنا .

وقال الخصاف رحمه الله : الصواب عندى أن القاضى لا يحبس حتى يسأله : ألك مال؟ ويستحلفه على ذلك ، فإن أقر أن لى مالا حبسه ، وإن قال : لا مال لى ، قال للطالب : أثبت أن له مالا حتى أحبسه ، وهو مذهب بعض القضاة ، وهكذا روى فى "النوادر" عن أصحابنا رحمهم الله أن القاضى يسأل المدعى عليه ألك مال؟ وهل يسأل المدعى أله مال؟ وظاهر مذهب أصحابنا أنه لا يسأل إلا أن يطلب المدعى عليه ذلك ، فإن طلب المدعى عليه ذلك ، وسأل القاضى المدعى ، فإن قال : لا مال له ، ثبت عُسرته بإقراره ، والمعسر منظر بإنظار الله تعالى .

١٤٧٠٦- وإن قال المدعى : إنه موسر ، وقال المطلوب : لا ، بل أنا معسر ، فقد اختلف الروايات فيه ، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه أيضًا ، فاختار الخصاف وهو رواية عن أصحابنا أن القول قول المديون ؛ لأنه متمسك بالأصل ؛ لأن الفقر أصل فى الآدمى ، فإنه يولد ولا مال له ، وصاحب الدين يدعى أمرًا عارضًا ، والتمسك بالأصل واجب ، حتى يظهر خلافه ، وكان القول قول المديون مع اليمين ، وهو اختيار أبى عبد

(١) هكذا فى م.

الله البلخي رحمه الله، وهكذا رُوى فى بعض الروايات عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن كل دين أصله مال، كثمن البياعات من القروض، فالقول قول المدعى فى يسارته وعسرته[1]؛ لأنه عرف دخول شىء فى ملكه، وعرف قدرته على قضاء الدين بما دخل فى ملكه، وزوال ذلك عن ملكه محتمل، فكان القول فيه قول المدعى.

١٤٧٠٧- وكل دين لم يكن أصله مالا كالمهر وبدل الخلع، وما أشبه ذلك، فالقول فيه قول المدعى عليه؛ لأنه لما لم يدخل شىء فى ملكه، لم يعرف قدرته على قضاء الدين، فبقى متمسكًا بالأصل، وهو العسار، فيكون القول قوله.

١٤٧٠٨- وذكر محمد رحمه الله: فى النكاح والعتاق ما يدل على هذا، فإنه قال فى النكاح: وإذا ادعت المرأة على زوجها أنه موسر، وادعت نفقة الموسرين، وزعم الزوج أنه معسر، فالقول قول الزوج؛ لأنه لم يدخل بسبب وجوب النفقة فى ملكه ما يثبت به يساره، وقال فى العتاق فى أحد الشريكين: إذا أعتق العبد المشترك، وزعم أنه معسر، فالقول فيه قوله؛ أنه لم يدخل فى ملكه شىء يثبت به قدرته على قضاء الدين بما وجب عليه من الضمان، فكان متمسكًا بأصل العسرة، فيكون القول قوله.

وقال بعضهم: ما كان سبيله سبيل البر والصلة، فالقول فيه قول المدعى عليه أنه معسر، كما فى نفقة المحارم، وما أشبه ذلك، وفيما سوى ذلك القول قول المدعى.

وقال بعضهم: كل دين لزم بمعاقدته، فالقول فيه قول المدعى، وإن لزم حكمًا لا لمباشرته العقد، فالقول فيه قول المديون.

والفرق أن فيما لزمه بمعاقدته وجد ما يدل على قدرته على قضاءه ظاهرًا؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يشرع فى أمر لا يقدر على الخروج منه، ولا يلتزم ما لايمكنه الوفاء به، فإذا ادّعى أنه عاجز فقد ادّعى أمرًا بخلاف الظاهر، فلا يقبل ذلك منه، فأما فيما يلزمه حكمًا لا بمباشرته، فلم يوجد ما يدل على قدرته على قضاءها، فإذا ادعى العجز بعد ذلك فما ادعى بخلاف الظاهر، بل تمسك بالأصل، فيكون القول قوله، ومسألة النفقة وضمان العتق لايلزم؛ لأنه ليس بدين على الحقيقة، بل ذلك صلة، حتى سقطت النفقة بالموت.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: يساره وعسرته.

وكذلك ضمان العتق صلة على قول أبى حنيفة رحمه الله ، وقال الفقيه أبو جعفر البلخى رحمه الله : يحكم فيه الزىّ والهيئة إن كان عليه ثياب رديئة ، وأتى الحاكم حافيًا على صفة تشهد القلوب أنه فقير ، كان القول قوله : إنه فقير ، وإن رأه حسن الثياب ، مرتفع البيت ، فالقول قول المدعى فيه : إنه موسر إلا فى أهل العلم والأشراف ، كالعلوية والعباسية ، فإنهم يتكلفون الباسهم مع حاجتهم ، حتى لايذهب ماء وجههم ، فلا يكون الزىّ فيهم دليلا على اليسار ، وتحكيم الزى ممهّد فى أصول الشرع حتى يحكم الزّى فى باب الزكاة فى جواز الصرف إلى من رأى عليه زى الفقراء ، فكذلك ههنا ، فإن كان على المطلوب زىّ الفقراء ، فادّعى الطلب أنه قد كان عليه زىّ الأغنياء ، ولكن غيره حين حضر مجلس الحكم ، فإن القاضى يسأل البينة ، فإن أقام البينة سمع منه ، وكان القول قوله ، وإن لم يقم بحكم زيّه فى الحال ، ويكون القول قول المديون .

١٤٧٠٩- قال محمد رحمه الله فى كتاب الحوالة : ويحبس فى الديون كلها كائنًا من كان من أخ ، أو عم ، أو خال ، أو زوج ، أو زوجة ، أو امرأة ، أو رجل مسلمًا كان أو ذميًا ، أو حربيّا مستأمنًا ، أو صحيحًا ، أو زمنًا ، أو مقعدًا ، أو أشل ، أو أقطع اليدين ؛ أن الدين يجب على هؤلاء وبهذه العوارض لا تسقط المطالبة ، فكان الامتناع منهم مع القدرة على الأداء ظلمًا ، فاستوجب الحبس ، قال : إلا أن يكون أبًا أو أمّا ، فإنه لا يحبس واحد من الأبوين بدين الابن ، وكذا لا يحبس الجد والجدة وإن علوا .

وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه يحبس ؛ لأن سبب الحبس الظلم لمنع الحق عن المستحق ، وقد وجد ، وجه ظاهر الرواية أن الحبس هلاك معنى باعتبار انقطاع منافع نفسه عنه ، ولا يجوز للابن أن يسعى إلى هلاك واحد من أبويه وأجداده ، قال : إلا أن يجب عليهما نفقته ، فكل من يجبر على النفقة ، وأبى ، حبسه أبًا كان أو أمّا ، أو جدّا أو جدة ، أو زوجًا ؛ لأن فى ترك الإنفاق عليهم سعى إلى إهلاكهم ، ويجوز أن يحبس الوالد بقصده إتلاف الولد ، ويعاقب لدفع التلف عن ولده .

توضيحه : أن النفقة إنما تجب عليه لأولاده الصغار ، أو الإناث أو الرجال الكبار الزمنى إذا كانوا معسرين ؛ لأنهم عاجزون عن الكسب ، فيمنع[1] الإنفاق عليهم سعى

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : فمنع .

إلى إهلاكهم، فلهذا يحبسون بذلك.

والمكاتب والعبد التاجر والصبى الحر المأذون له فى الحبس بمنزلة ما وصفت لك، أما المكاتب فلأنه حرٌّ يدًا، فإذا كان عنده من الكسب ما يقدر على قضاء الدين، ولم يقض صار ظالمًا، فيستحق العقوبة، وكذلك العبد التاجر؛ لأنه هو المخاطب بقضاء الدين من كسبه.

وأما الصبى الحر فقد ذكر فى بعض المواضع الغلام التاجر الذى لم يحتلم بمنزلة الرجل فى الحبس، وذكر فى بعض المواضع لو أن غلامًا تاجرًا لم يراهق الحلم استهلك مالا لرجل، وله دار وأرض، ولا أب له، ولا وصى، لم يحبس لذلك، ولكن إن شاء القاضى جعل له وكيلا يبيع بعض ماله، حتى يوفى الطالب دينه، وإن كان له أب، أو وصى ممن يجوز بيعه عليه، فإنه يحبس.

وبعض مشايخنا رحمهم الله مالوا إلى الحبس مطلقًا، وجعلوه كالبائع؛ لأنه لزمه قضاء الدين، وبالامتناع صار ظالمًا، فيحبس، ولأنه لو لم يحبس، وعرف الناس منه ذلك، لايبايعونه حتى لا يمتنع من قضاء الدين، فلا يمكنهم الوصول إلى حقهم، فشرع الحبس تتميمًا لمعنى الإذن، كما جوّزنا الإعارة والضيافة اليسيرة منه، حتى لا ينسد عليه التجارة، فههنا أولى.

أو نقول: يحبس تأديبًا حتى يضجر، ولا يعود بمثله، لا أن يكون عقوبة، فإنه ليس من أهل هذا، كما أنه يُضرب على ترك الصلاة تأديبًا، حتى يعتاد الصلاة، هكذا قاله بعض المشايخ، وكان شيخ الإسلام رحمه الله يقول: يحبس الصغير إذا كان له وصى تأديبًا، حتى لايعود بمثله، وليضجر الوصى حتى يتسارع إلى قضاء الدين؛ لأن الوصى يلام[1] على إيفاء الصبى فى الحبس، فيضجر لأجله، فيعجل فى قضاء الدين، وحبس الصبى[2] أولى من حبسه؛ لأن الجناية إنما وجدت من الصبى لا منه.

وإن لم يكن له أب أو وصىّ، لا يحبس؛ لأن ثمّة إنما حبس تأديبًا وإضجارًا للأب، أو الوصى، وههنا لا يمكن تحقيق معنى الإضجار، والحبس فى الصبى، فلم

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: يلازم.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: الوصى.

يشرع للتأديب وحده بدون الإضجار، فلم يحبس لهذا، فأما إذا كان محجورًا عليه، واستهلك الرجل مالا، فإن كان له أب، أو وصى، يحبس بدينه؛ لأن قضاء الدين الذى على الصغير على أبيه ووصيه، فبالامتناع يصير ظالمًا، فيحبس.

وإن لم يكن له أب، أو وصى، نصب القاضى قيّما ليبيع ماله بقدر الدين، ويوفى الغرماء حقهم؛ لأن الحبس جزاء منع المال مع القدرة عليه عند استحقاق القضاء، ولم يستحق عليه لمكان حجره، فلا يعاقب بالحبس، ولكن القاضى يوفى الغرماء حقوقهم بالطريق الذى قلنا.

١٤٧١٠- والعبد لا يحبس لمولاه؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وكذلك لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين، فكسبه ملك المولى، فكيف يستحق على المولى قضاء الدين إياه؟ فإن كان مديونًا حبس فيه؛ لأن اكتسابه حق الغرماء، فإنما يحبس المولى لحق الغرماء حتى يصلوا إلى ديونهم مما عليه، ويجوز حبس المولى لجانب الأجانب.

١٤٧١١- ويحبس مولى المكاتب للمكاتب إذا لم يكن الدين من جنس بدل الكتابة؛ لأنه إذا كان من جنس بدل الكتابة، فقد ظفر بحبس حقه، فيلتقيان قصاصًا، فلم يكن للمكاتب ولاية مطالبة بذلك الدين، فأما إذا كان من غير جنس بدل الكتابة، فلا تقع المقاصة، والمكاتب فى حق اكتسابه بمنزلة الحر، فيكون له مطالبة المولى بذلك، فيحبس له عند مطله.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله: ينبغى أن لا يحبس المولى فيه أصلا؛ لأن للمولى فى مكاسبه حقّا، فلم يتحقق الظلم من كل وجه بالمنع، والأصح ما ذكرنا أنه ليس للمولى استخلاص شىء من مكاسبه لنفسه، والمكاتب أحق من المولى يطالبه متى شاء، فإذا منع حقه يحبس له، ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة؛ لأنه لا يصير ظالمًا بالامتناع عن بدل الكتابة، فإن له أن لا يؤدى، ويرد نفسه فى الرق والحبس جزاء الظلم، ولم يوجد.

وإن كان عليه دين غير بدل الكتابة، يحبس فيه؛ لأنه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: يجب أن يكون الجواب فيهما سواء، فإن فى

جميع الأحكام لم يفرق بينهما فى حق المولى ، ألا ترى أن الكفالة ببدل الكتابة للمولى ، كما لا تجوز الكفالة بدين آخر للمولى عليه ، والجامع بينهما أنه متمكن من إسقاط الدين عن نفسه بأن يعجز نفسه ، فيرد رقيقًا ، فيسقط الدين عنه ، ولكن فى ظاهر الرواية لم يعتبر دينًا على الحقيقة ، فإنه صلة من وجه ، بخلاف سائر الديون ، فلا يحبس فيه ، ويحبس فى سائر الديون .

ولأن القاضى إنما يحبس المديون إذا عجز القاضى عن إيصال حق المدعى إليه بدون الحبس ، حتى إذا قدر لم يكن له أن يحبسه ؛ لأنه لا حاجة إلى الحبس ، وههنا قدر على ذلك ؛ لأنه متى امتنع عن أداء بدل الكتابة ، فللقاضى أن يفسخ الكتابة ، فيصل إليه الرقبة ، ووصول الرقبة كوصول بدل الكتابة ، بخلاف دين آخر ؛ لأنه امتنع عن أداء ذلك الدين ، ولم يمتنع عن أداء بدل الكتابة ، ليس للقاضى أن يفسخ الكتابة ، حتى تصل إليه الرقبة ، فتعين الحبس طريقًا للوصول إلى حقه .

فأما فى الكفالة : فالكفيل إنما يتحمل ما على الأصيل ، والأصيل مخيّر فى جميع الديون إن شاء أدّى ، وإن شاء عجز عن نفسه ، أو أسقط عن ذمته ، ولا يمكن الإجابة عن الكفيل على هذا الوجه ؛ لأنه لا يفيد ، فيطلب الكفالة ، وهذا المعنى يشتمل دين الكتابة وسائر الديون ، فلهذا سوّوا بينهما .

١٤٧١٢- ويحبس فى الحدود والقصاص إذا قامت البينة ، حتى يسأل عن الشهود ؛ لأنه صار متهما ، وقد صحّ أن رسول الله ﷺ حبس رجلا بالتهمة ، فأما قبل إقامة البيّنة فإنه لا يحبسه ؛ لأن الحبس عقوبة ، فلا يجوز أن يثبت بمجرد الدعوى ، فإن شهد شاهد واحد عدل بذلك ، حبس عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما : لايحبسه فى حد القذف والقصاص ؛ لأن عندهما فى حد القذف والقصاص ، يأخذ منه كفيلا ، فقد حصل التوثق ، فلا حاجة إلى الحبس .

وعند أبى حنيفة رحمه الله : لا تجوز الكفالة فى جميع الحدود ، فيحتاج إلى التوثيق فيحبسه ؛ لأنه صار متّهمًا بارتكاب الكبيرة بشهادة هذا الشاهد ؛ لأنه وجد أحد شطرى الشهادة ، وهى العدالة إن لم يوجد العدد ، فصار كما لو وجد العدد دون العدالة بأن شهد شاهدان مستوران ، وثمّة يحبسه ، كذا ههنا .

١٤٧١٣- ولا يحبس العاقلة في الدية والأرش؛ لأنه وجب ليؤخذ من عطياتهم، وقد أمكن إذا كانوا من أهل الديوان، فلا معنى للحبس إذا لم يكونوا من أهل الديوان، ولا عطاء لهم فيه يحبسون؛ لأن الدية في أموالهم، فيحبسون إذا امتنعوا عن الأداء؛ لأنه تحقق ظلمهم بمنع الحق عن المستحق، فصار كسائر الديون، فيحبسون.

١٤٧١٤- وإن طلب المدعي اليمين في القصاص، فامتنع عنه المدعى عليه ونكل، فإنه يحبس عند أبي حنيفة، وقد مرت المسألة؛ لأنه يقضي عليه بالمال بالنكول عن اليمين في القصاص بالنفس، فكان اليمين مستحقًا عليه لعينه، فيحبس عند الامتناع منه، وكذلك في اليمين في القسامة.

١٤٧١٥- ويحبس الدعارون الذين هم مخوفون على المسلمين وأهل الفساد، حتى يعرف منهم التوبة، والداعر من يقصد إتلاف أموال الناس، أو أنفسهم أو كلاهما، فإذا كان يخاف على الناس منه في النفس والمال، حبس في السجن حتى تظهر منه التوبة؛ لأنه إنما يندفع شرّه عن الناس بالحبس، ألا ترى أن الله تعالى أمر في حق قطاع الطريق بالحبس الدائم قوله تعالى: ﴿أو يُنفَوا مِنَ الأرضِ﴾[1] لما أنه يخاف الناس منهم على أموالهم في الطريق، فكذا ههنا يحبس أيضًا؛ لأنه يخاف منه.

وينبغي أن يكون للنساء مجلس على حدة، تحرّزًا عن الفتنة، وعن أبي حنيفة: أن المرأة تحبس في مجلس النساء، ولكن تحفظها الرجال؛ لأن الرجال أقدر على الحفظ من النساء، ولا تتحقق معنى الفتنة في الحفظ.

١٤٧١٦- وإذا حبس كفيل الرجل بأمره بالمال، فللكفيل أن يحبس الذي عليه الأصل؛ لأن الأصيل هو الذي أوقعه في هذه الورطة، فكان له أن يحبسه، حتى يخلصه عنها، ألا ترى أن الكفيل لو طولب بالمال، كان له أن يطالب الأصيل، فإذا لوزم كان له أن يلازم الأصيل، وإذا أخذ من الكفيل، كان له أن يأخذ من الأصيل، وطريقه ما قلنا.

١٤٧١٧- فإن حبس رجل في دين، فجاء آخر يطالبه بالدين، فإن القاضي يخرج المطلوب حتى يجمع بينه وبين المدعي؛ لأنه إنما يحبس بدين الأول نظرًا للأول حتى يصل إلى حقه، فلا ينظر له على وجه يضر بغيره؛ ولأنه لا ضرر على الأول في

---

(١) سورة المائدة: الآية ٣٣.

الإخراج من السجن لسماع الدعوى عليه، ثم يُعاد فيه، فقلنا: بأنه مخرج من السجن، ويجمع بينه وبين المدعى، فإن قامت للمدعى بينة عادلة، أعاده إلى السجن، وكتب فى ديوانه أنه محبوس بحق هذا المدعى أيضًا مع الأول؛ لأنه ظهر أنه ظلمه بمنع حقه عنه، فاستحق الحبس ليضجر فيتسارع إلى قضاءه، ولا تنافى بين أن يكون محبوس الأول والثانى، فلهذا يحبسه لهما، حتى يقضى دينهما جميعًا، ولكن ينبغى أن يكتب فى ديوانه أنه محبوس بدين فلان وفلان يسميهما، حتى إذا قضى دين أحدهما يبقى محبوسًا بالآخر.

١٤٧١٨- قال محمد رحمه الله فى كتاب الكفالة والحوالة: إذا حبس الرجل بالدين شهرين أو ثلاثة، سأل القاضى عنه فى السر، وإن شاء سأل عنه فى السرّ أول ما يحبسه، ذكر فى كتاب الحوالة شهرين أو ثلاثة، وذكر فى بعض المواضع أربعة أشهر، وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه ستة أشهر، وفى رواية الطحاوى عن أبى حنيفة شهرًا، وكثير من مشايخنا رحمهم الله أخذوا برواية الطحاوى، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: القاضى ينظر إلى المحبوس إن رأى عليه زى أهل الفقر، وهو صاحب عيال، يشكو عياله إلى القاضى البؤس وضيق النفقة، وكان ليّنا عند جواب خصمه، خلاّه شهرًا، ثم يسأل.

وإن كان وقحا عند جواب خصمه، وعرف تمرّده، ورأى عليه علامة اليسار، حبسه أربعة أشهر إلى ستة أشهر، ثم يسأل، وإن كان فيما بين ذلك حبسه شهرين إلى ثلاثة أشهر، ثم يسأل، وبه يفتى الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغينانى رحمه الله، وهو يحكى عن عمّه شمس الأئمة الأوزجندى، وكثير من مشايخنا رحمهم الله قالوا: ليس فى هذا تقدير لازم.

وفى رواية هشام عن محمد رحمه الله ما يدل على هذا القول، فقد روى هشام عن محمد رحمه الله: أن القاضى يسأل عن حال المحبوس، ولم يعتبر فى ذلك مدة، وهذا لأن الحبس للإضجار، وذلك مما يختلف فيه أحوال الناس، فيكون ذلك مفوضًا إلى رأى القاضى، فإن وقع فى رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة، ويظهر المال، كان له مال، ولم يظهر يسأل عن حاله بعد ذلك، فإذا سأل عنه، وقام البينة على عسرته،

أخرجه القاضي من السجن، ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة، بل إذا أخبر بذلك كفى، وإن أخبره بذلك ثقة عدل، أخرجه بقوله: من السجن؛ لأن ما سبيله سبيل الإخبار، يكتفى فيه بقول الواحد، كالإخبار بالتوكيل والعزل، وأشباه ذلك.

ثم إذا سأل القاضي عنه فإنما يسأل عن أهل الخبرة من جيرانه ومن يخالطهم فى المعاملة؛ لأن الجيران أعرف بحالهم؛ لأنهم يعرفون أنه يتصدق، أو يتصدق عليه، ويعرفون مدخله ومخرجه، وكذلك من يخالطه فى المعاملة والتجارة؛ لأنه أعلم بيساره وعسرته، وكذلك أصدقاءه، وإنما يسأل الثقات منهم لأنه لا يجوز الاعتماد على خبر الفساق.

قال شيخ الإسلام رحمه الله فى شرح هذا السؤال من القاضي: ما حبسه احتياط، وليس بواجب؛ لأن الشهادة بالعسار شهادة بالبقى، والشهادة بالبقى [ليست][1] بحجة، فكان للقاضي أن يسأل، ويعمل برأيه، ولكل لو سأل مع هذا كان أحوط، وأبقى للتهمة عن القاضي.

ثم إذا أخبر أنه معسر، فأخرجه القاضي من الحبس، لا يحول بين المدعى وبين ملازمته عندنا، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ، ولأنه ربما يظهر يسأل، فإذا لازمه، أمكنه الوصول إلى حقه، ثم تفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار، ويكون معه لا يفارقه، وليس له أن يحبسه فى موضع لأن ذلك حبس، وليس له حق الحبس، هكذا ذكر فى "الأصل".

وذكر ابن جماعة فى "نوادره" عن محمد رحمه الله: أنه قال للمدعى: أن يحبس فى مسجد حيه، وإن شاء فى بيته؛ لأنه ربما يطوف به فى الأسواق والسكك من غير حاجة، وفى ذلك ضرر للمدعى.

وعن عمرو بن أبى عمر عن محمد رحمه الله قال: قالوا فى المعسر لصاحب الحق: أن يلزمه بحيث أحبه من المصر، فإن كان الملزوم لا معيشة له، إلا من كسب يده لم يكن لصاحب الحق أن يمنعه من أن يسعى فى مقدار قوته يومًا فيومًا، فإذا اكتسبه ذلك القدر فى يومه، فله أن يمنعه من الذهاب فى ذلك ويحبسه.

---

(١) لفظ "ليست" موجود فى "ظ" فقط.

١٤٧١٩- قال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن رجل أخرج من الحبس على تفليس، فرأى محمد رحمه الله الملازمة مع التفليس، وأشار إلى المعنى، فقال: موضع بدليل تفريعات المسألة، قال هشام رحمه الله: قلت له: فإن كان الملازمة يصير معتاداً، وهو من يكتب [ويسقى الماء فى طرقه][1] أمر صاحب الحق أن يوكل غلامًا له، يكون معه، ولا أمنعه عن طلب قدر قوت يومه له لعمل سوقه، قال: ولعياله، وكذلك إن شاء ترك أيامًا، يعنى إن كان هذا المفلس، ثم لازم على قدر ذلك، قلت له: فإن كان عاملا يعمل يده، قال: إن كان عملا لا يقدر إلا على الطلب خرج وطلب، فإن كان فى ملازمته ذهاب قوته، وقوت عياله أمرته أن يقيم له كفيلا بنفسه، ثم يخلى سبيله، فليسترزق الله.

وفى "كتاب الأقضية": إذا كان عمل الملزوم سقى الماء ونحوه ليس لصاحب الحق أن يمنعه من ذلك، ولكن إما أن يلزمه بنائبه أو أجيره، أو غلامه، إلا إذا كفاه نفقته ونفقة عياله، وأعطاه حينئذٍ كان له أن يمنعه عن ذلك؛ لأنه لا ضرر على الملازم فى هذه الصورة.

وفيه أيضًا: ليس لصاحب الحق أن يمنع الملازم أن يدخل فى بيته لغائط، أو غداء، إلا إذا أعطاه الغداء، وأعدّ موضعًا آخر له لأجل الغائط، حينئذٍ له أن يمنعه عن ذلك، حتى لايضرب عينى.

١٤٧٢٠- وفى "نوادر أبى يوسف رحمه الله": إذا لازم الطالب المطلوب بغلامه أن يحبس مع الغلام، وقال: لا أحبس إلا مع الطالب، فله ذلك [فأبى الغريم][2].

وفيه أيضًا: إذا كان المطلوب أطوف بالطالب من غير حاجة، وعلم ذلك منه، كان للطالب أن يهيئ له بيتًا، ويلزمه فيه، ولكن إذا أعطاه نفقته، ونفقة عياله؛ لأنه لا ضرر للمطلوب حينئذٍ.

١٤٧٢١- وحكى عن الفقيه أبى جعفر رحمه الله: أن الطالب لا يلازم المطلوب

(١) هكذا فى نسخة "ظ"، وكان فى الأصل: ويبين الماء، وكان فى نسخة "م": ويسقى الماء لى طرفه.

(٢) هكذا فى نسخة "ظ"، وكان فى الأصل ونسخة "م": فأبى الغلام.

بالليالي؛ لأن الملازمة بالليالي لا يفيد؛ لأن فائدة الملازمة أن المطلوب إذا اكتسب شيئًا، فالطالب يأخذ ذلك، والليالي ليس بوقت الكسب، فلا يتوهم وقوع المال في يده فيها، حتى لو كان الرجل ممن يكتسب في الليالي، يلازمه في الليالي، وسيأتي بعد هذا في حق المرأة الملازمة في الليالي من غير فصل.

١٤٧٢٢- وعن محمد رحمه الله: أن للطالب أن يلازم الغريم، وإن لم يأمره القاضي بملازمته، وإلا فلسه، إذا كان مقرًا لحقه، فإن قال الغريم: احبسني، وأبى الطالب إلا الملازمة، قال: يلازمه.

١٤٧٢٣- وعنه أنه سئل عن ملازمة المرأة، قال: أمر غريمها أن يأمر امرأة، حتى تلازمها، فقيل: إن لم يقدر الغريم على امرأة تلازمها، قال: أقول لغريمها: اجعل معها امرأة، فتكون في بيتها وتكون أنت على الباب، أو تكون[1] المرأة في بيت نفسها وحدها، ويكون الغريم على الباب، قيل له[2]: إذا تهرب المرأة وتذهب، قال: ليس له إلا ذلك، وذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله: أنه يلازمها في موضع لا يخاف عليها الفتنة كالمساجد والأسواق ونحو ذلك، إن شاء برجال، وإن شاء بنساء، وهذا في النهار، وأما في الليل فيلازمها النساء لامحالة.

والحاصل أنها يلازم على وجه يقع الأمن عن نفسه[3] وجه ما ذكر هلال رحمه الله في كتاب الدين: إذا شهد الشهود بعد مضي المدة أنه فقير، فالقاضي لا يخلّي سبيله قضاء، حتى يسأل في السر وأنه حسن، فإن وافق خبر الشر شهادة الشهود، ولا يخلي سبيله أيضًا، حتى يستحلف المحبوس؛ لأنه لايعرف مال المحبوس، وغناه على الحقيقة غيره، إنما يعرفه هو فيستحلفه، ثم يخلي سبيله، فإن خالف خبر السر شهادة الشهود أخذ بخبر العدول في السر؛ لأنه مثبت، والشهادة نافية، فإن أقام المحبوس بينة على عسرته، وأقام صاحب الحق بينة على يساره، أخذ بينة صاحب الحق؛ لأنه يثبت ببينته أمرًا عارضًا ليس بثابت، والمحبوس يثبت أمرًا أصليًا وهو الفقر، فكان بينة صاحب

---

(١) هكذا في الأصل و نسخة "م"، وكان في نسخة "ظ": لو تكون.

(٢) وفي نسخة "ظ": فنظر له مكان: قيل له.

(٣) وفي نسخة "ظ": عن الفتنة.

الحق أكثر إثباتًا، وكان أولى بالقبول، ولم يذكر محمد رحمه الله فى شىء من الكتب كيفية [الشهادة][1] على الإفلاس.

وذكر الخصاف فى كتاب الوقف: أنه ينبغى أن يشهدوا أنه فقير لا نعلم له مالا ولا عرضًا من العروض، يخرج بذلك عن حالة الفقراء.

وحكى عن الفقيه أبى القاسم أنه قال: ينبغى أن يقولوا: إنه مفلس معدم لانعلم له مالا سوى كسوته التى عليه، وثياب ليله، وقد أخبره بأمره فى السر والعلانية، وهذا أتم وأبلغ.

١٤٧٢٤- ثم إذا ثبت عسرته فالقاضى لا يحبسه بعد ذلك ما لم يعرف له مالا؛ لأنه علم أنه ينظر بإنظار الله تعالى، وإن قامت البينة على عسرته قبل الحبس، هل يقبلها القاضى؟ فيه روايتان: فى رواية: يقبل، وهو اختيار الشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل رحمه الله، وفى رواية أخرى: لا يقبل، وهو اختيار المشايخ رحمهم الله؛ لأنها قامت على النفى، فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد، فإذا مضت فى الحبس مدة لو كان قادرًا على القضاء لما تحمل مرارة الحبس هذه المدة، ولتسارع إلى قضاء الدين، ولم يقض، فالظاهر أنه معسر، فقد تأيدت هذه البينة بمؤيد، فيقبل.

وإن قامت البينة على عسرته بعد ما مضت مدة فى الحبس، وكان الطالب غائبًا، فالقاضى لا ينتظر حضور الغائب، بل يُخرجه من السجن؛ لأنه إذا ثبت عسرته كان استدامة حبسه ظلمًا، والقاضى نصب لدفع الظلم لا لإنشاءه، فيخلى سبيله، ولكن يأخذ منه كفيلا؛ لأنه لو لم يأخذ منه كفيلا ربما يهرب، فمتى حضر الغائب لا يتوصل إلى حقه بالملازمة وغيرها.

١٤٧٢٥- وإذا كان الرجل محبوسًا بدين رجلين، فأدى إلى أحدهما، لم يخرج من السجن حتى يؤدى حق الآخر لو تفرّد بالدعوى كان له أن يحبسه؛ لأنه ظلمه بمنع حقه عنه، فكان له أن يديم الحبس لذلك.

وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله: إذا كان الرجل، وفى الورثة صغير وكبير، وللميت على رجل دَين، فحبسه الابن الكبير، ثم أراد أن يطلقه، لم

(١) هكذا فى نسخة "ظ"، وكان فى الأصل ونسخة "م": الشهود.

يطلقه القاضى حتى يستوثق للصغار؛ لأن للصغار فيه نصيبًا، والقاضى نصب ناظرًا لهم، فيستوثق لهم لإحياء حقوقهم، ولا يسقط حقهم بإسقاط الكبير؛ لأنه الولاية للكبير عليهم.

١٤٧٢٦- ولا يخرج المحبوس فى الدين لمجىء شهر رمضان، ولا لفطر، ولا لضحى، ولا لجمعة، ولا لصلاة مكتوبة، ولا لحجة فريضة، ولا لحضور جنازة بعض أهله، وإن أعطى كفيلا بنفسه؛ لأن الحبس إنما شرع ليضجر، فيتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يلحقه الضجر، إذا منع عن الخروج أصلا.

وذكر على بن يزيد الطبرى رحمه الله فى "نوادره": فقال: سألت محمد ابن الحسن رحمه الله عن المحبوس إذا مات، له والد أو ولد، هل يخرج من حبسه؟ قال: لا إلاّ أن لا يجد من يكفّنه ويغسّله، ولم يكن بحضرته أحد، فليخرج حينئذٍ، وهذا صحيح؛ لأنه لزم القيام بذلك لحق الوالدين، وليس فى هذا القدر من الإخراج كثير ضرر بالطالب، فيخرج، فأما إذا كان ثمّة من يقوم بذلك، لا معنى لإخراجه من السجن؛ لأن حقوق الميت تصير مقامًا بغيره، وفى الخروج تفويت حق الطالب فى السجن.

قال على بن زيد[1] رحمه الله: ولا يخرج لغير الوالدين والمولودين؛ لأنه لا حق لهم عليه فى ذلك؛ ألا ترى أنه إذا مات للمسلم أب كافر، أو أم كافرة، يتولى غسله وتكفينه ودفنه، ولا يفعل ذلك بغيرهما، فكذلك لا يخرج لغيرهما.

١٤٧٢٧- وحكى عن الشيخ أبى بكر الإسكاف رحمه الله: أنه قال فى المحبوس فى السجن: إذا جن لم يخرجه الحاكم من السجن، فقيل له: أليس قد رفع القلم عنه؟ قال: النائم قد رفع عنه القلم، ومع هذا لا يخرج، قيل له: المقضى عليه بالقصاص إذا جن لا يمضى عليه القصاص، فإذا سقط عنه القصاص بجنونه لِمَ لم يسقط عنه عقوبة السجن بقدر الجنون؟ قال: لأن القصاص يندرئ بالشبهات، ولعله لو كان مفيقًا يدعى ما يوجب سقوط القصاص، فأوجب ذلك شبهة، فأما الحبس بالدين بخلافه؛ لأنه لا يندرئ بالشبهات.

---

(١) وفى الأصل: يزيد.

وذكر الخصّاف رحمه الله فى "أدب القاضى": أن المحبوس فى السجن إذا مرض مرضا أضناه، إن كان له خادم يخدمه، لا يخرجه من السجن؛ لأن الحبس إنما شرع ليضجر قلبه، فيتسارع إلى قضاء الدين، وبالمرض يزداد الضجر، فيزداد مسارعته إلى قضاء الدين، فلايخرج من السجن لهذا.

١٤٧٢٨- ولا يخرج للمعالجة، فإن المعالجة فى السجن وفى منزله سواء، وهكذا رُوى عن محمد رحمه الله حتى قيل له: وإن مات فيها، قال: وإن مات فيها، فقيل له: وإن لم يكن له من يخدمه أخرجوه، أو حبسوا عليه، قال: أخرجوه إذا؛ لأنه إذا لم يكن ثمّة من يمرّضه ربما يموت بسببه، ولا يجوز إهلاكه؛ لمكان الدين، ألاترى أنه إذا توجه الهلاك عليه بالمخمصة، كان له أن يدفعه بمال الغير، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير؟

وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه لا يخرجه من السجن؛ لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض، وأنه فى الحبس وغيره سواء، فلا معنى للإخراج، وذكر فى الكيسانيات قال محمد رحمه الله: المحبوس ينور فى السجن، ولا يخرج إلى الحمام؛ لأنه ليس فى التنوير إبطال حق المدعى، وفيه إزالة التفث عنه، فأما لايخرج إلى الحمام كما لا يخرج لسائر الحوائج، ولو احتاج إلى الجماع، لا بأس بأن يدخل زوجته وجاريته فى السجن فيطأهما، حيث لا يطلع عليه أحد؛ لأنه غير ممنوع عن اقتضاء شهوة البطن، فكذلك لا يمنع عن اقتضاء شهوة الفرج.

١٤٧٢٩- وذكر ابن شجاع فى "نوادره": عن الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهم: قال: يمنع المحبوس عن وطء الحرائر والإماء؛ لأنه ليس من أصول الحوائج، ألاترى أن بدون ذلك يعيش ويبقى، فيمنع ليتضجر قلبه، فيتسارع إلى قضاء الدين، بخلاف الأكل والشرب؛ لأنه لا حياة بدونهما، فلو منع منهما كان سعيًا إلى إهلاكه، وأنه لا يجوز، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: ولا يترك المحبوس حتى يأتى بوَطاء، فيلقى تحته فى السجن، حتى يكون ذلك أشق عليه، وأبلغ فى الضجر، فيحصل المقصود.

١٤٧٣٠- وهل يترك ليكتسب فى السجن؟ اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قال

بعضهم : لايمنع من الاكتساب فى السجن ؛ لأن فيه نظراً من الجانبين ، من جانب المديون ؛ لأنه ينفق على نفسه وعياله ، ولرب الدين ، فإنه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك إليه ، وقال بعضهم : يمنع من ذلك ، وهو الأصح ، وإليه أشار الخصّاف رحمه الله ؛ لأن المقصود من الحبس أن يضجر فيتسارع إلى قضاء الدين ولو ترك يكتسب فى السجن ، لا يلحقه الضجر ؛ لأن السجن يصير بمنزلة الحانوت ، فلا يضجر بالمقام فيه ، فلا يحصل المقصود .

١٤٧٣١- ولا يمنع المسجون من دخول أهله وجيرانه عليه ؛ لأنه يحتاج إلى دخولهم عليه لتشاورهم فى قضاء الدين ، ولا يتضرر الطالب بذلك ، فلا يمنع عنه ، ولكن لايمكنون من أن يمكثوا فيه طويلا ، ولا أن يسكنوا معه ؛ لأنه يستأنس بهم ، ويزيل الوحشة عن نفسه ، فلايلحقه الضجر فى الحبس حينئذٍ .

١٤٧٣٢- ولا ينبغي للقاضى أن يضرب محبوسًا فى دَين ، ولا يقيّده ، ولا يقيمه به، وروى الأثر عن ابن مسعود رضى الله عنه ، ورُوى عن أبى حنيفة رحمه الله ما يدل على أن القاضى أن يقيّده ، والذى رُوى عنه إذا حبس القاضى رجلا فى أمر قد استوجب الحبس ، فأقر بمال أو حدّ أو قصاص لزمه ذلك ، وكذلك إن قيّد مع ذلك ، وقال : لا أخرجك من السجن ، وقال : لا أحل القيد عنك أو تصدّق ، وقد قيّده وحبسه فى حق ، فما أقر به لزمه ، وإن كان حبسه فى غير حق ، فهذا القول منه تهديد ، ولا يجوز ما أقر به فى تلك الحالة .

قال هشام : سمعت أبا يوسف رحمه الله يقول : إذا قال المدعى عليه : لا أقر ولا أنكر ، فإن حبسه من يرى حبسه إذا قال : لا أقر ، ولا أنكر ، حتى يُقر أو يُنكر ، فأقر فى الحبس ، ألزمته المال ، قال : وكان أبو يوسف رحمه الله قال قبل ذلك : لا ألزمه المال ، ثم رجع عن قوله : لا ألزمه ، قال : لأنى حبسته ليُقر أو ليُنكر ، فإن شاء أقر ، وإن شاء أنكر ، قال : إنما يبطل إقراره إذا حبس ليقر .

هذا لفظ أبى يوسف رحمه الله ، وهو إشارة إلى أن الحبس إذا كان لأجل الإقرار ، كان المحبوس مجبراً على الإقرار ، وإقرار المجبر عليه باطل ، فأما إذا كان الحبس ليقر أو ينكر ، لم يكن مجبراً على الإقرار ؛ لأن له أن ينكر ، فيصح إقراره ، فإن كان هذا

المحبوس لا يزال يهرب من السجن، يؤدّبه القاضى بأسواط؛ لأنه ظهر منه هتك حرمة سجن القاضى، وتمرّده وعناده، فيؤدّبه بأسواط حتى يمتنع عن ذلك، ويكون عظة لغيره، هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله.

١٤٧٣٣- وذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": أن القاضى إذا خاف على المحبوس أن يفر من سجنه، حوّله إلى سجن الصوص إذا كان لا يخاف عليه منهم؛ لأن القاضى يحتاج إلى حفظه، وسجن الصوص أحصن، والرقباء ثمّة أكثر، فيحوّل إليه، فإن كان يخاف عليه من جهة الصوص؛ لما أن بينه وبين الصوص عداوة، وعرف أنه لو حوّله إليهم لقصدوه، لايحوّله؛ لأن فيه إهلاكه، وما استحق عليه الهلاك.

١٤٧٣٤- قال محمد رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله: فى رجل حبسه القاضى فى دين لرجل عليه دراهم، وله دنانير، قال: يبيعها القاضى، ويوفى الغريم حقه، ولو كان عرضًا لم يبعها، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يبيع العُروض والعقار[1] حتى يوفى الغريم حقه.

١٤٧٣٥- اعلم بأن المحبوس فى الدين إذا امتنع عن قضاء الدين، وله مال، فإن كان ماله من جنس الدين، بأن كان ماله دراهم، والدين دراهم، فالقاضى يقضى دينه من دراهم بلاخلاف؛ لأن صاحب الدين لو ظفر بهذه الدراهم، كان له أن يأخذها قضاء من دينه؛ لأنه ظفر بجنس حقه.

والأصل فيه قوله ﷺ لهند امرأة أبى سفيان: «خُذى من مال أبى سفيان ما يكفيكِ وُولدكِ بالمعروف»[2]، فكان قضاء القاضى دينه بهذه الدراهم إعانة له على حقه، وللقاضى ولاية إعانة صاحب الحق على استيفاء حقه.

وإن كان مال من خلاف جنس دينه، بأن كان الدين دراهم، وماله عروض، أو

---

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى م: دون العقار.

(٢) أخرجه ابن ماجه فى "سننه" (٢٢٩٣)، وابن حبان فى "صحيحه" (٤٢٥٦) والدارقطنى فى "سننه" (١٠٨-٤/ ٢٣٤) والبيهقى فى "الكبرى" (٩١٩١) وابن سعد فى "الطبقات" (٨/ ٢٣٧)، وذكره ابن حجر فى "الفتح" (٤/ ٤٠٧).

عقار، أو دنانير، فعلى قول أبى حنيفة رضى الله عنه: لا يبيع العروض والعقار، وفى بيع الدنانير قياس واستحسان، ولكنه يستديم حبسه إلى أن يبيع بنفسه، ويقضى الدين، وعندهما يبيع القاضى دنانيره وعروضه رواية واحدة، وفى العقار روايتان، ويكون البيع على الترتيب ببيع الدنانير أولا، ثم العروض ثم وثم على ما يأتى بيانه، فالأصل عندهما أن كل من وجب عليه حق، وامتنع من إيفاء ما صار مستحقًا عليه، وذلك مما تجرى فيه النيابة، فإن القاضى يقوم مقامه فى إيفاء ذلك الحق المستحق عليه فيه، كالذمى إذا أسلم عبده، فإن القاضى يجبره على البيع، فإن امتنع عن ذلك، فإن القاضى يبيعه عليه، وكالعنّين بعد مضى المدة يأمره القاضى بالتفريق، فإن امتنع عن ذلك، فإن القاضى يفرق بينهما، وكذلك امرأة الذمى إذا أسلمت، فإن القاضى يعرض الإسلام على الزوج، فإن أبى أمره بالتفريق، فإن امتنع ناب منابه فى التفريق، كذا ههنا.

ولكن أبو حنيفة رضى الله عنه يقول: المستحق عليه قضاء الدين أما بيع ماله فغير مستحق عليه؛ لأن القدرة على قضاء الدين تثبت بأسباب: منها الاستقراض والاستيهاب، وقبول الصدقة، والبيع بالنسيئة، والاكتساب، فليس للقاضى أن يعين عليه البيع؛ لأن فى ذلك إضرارًا بالمدعى عليه، ألا ترى أن القاضى لا يزوّج المديونة ليقضى الدين من مهرها، وإن كان يتوصل إلى قضاء الدين بذلك؛ لأن النكاح لم يتعين عليها لقضاء الدين.

وكذلك لا يؤاجر المديون ليقضى الدين من الأجرة، وإن كان يتوصل إلى قضاء الدين؛ لأن الإجارة لم تتعين طريقًا لقضاء الدين، كذا ههنا، وهذا لأنه مادام حيًّا، فالدين واجب فى ذمته، لا تعلق له بماله، فلا يثبت للقاضى اليد عليه، فلايملك البيع.

وإن كان الدين دراهم، وماله دنانير، فالقياس أن لا يقضى منه دينه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه، وفى الاستحسان يبيع الدنانير بالدراهم، ويقضى دينه منها، وجه القياس أنهما جنسان مختلفان حقيقة وحكمًا، فلا يكون له أن يبيعها بذلك الدين كالعروض، ولا شك فى اختلاف المجانسة بينهما حقيقة، وكذلك فى الحكم، فإنه لا يجرى الربا بينهما.

وفى مسألتنا ليس لصاحب الدين أن يأخذ الدنانير مكان الدراهم، ولو كانا جنسًا

واحداً، لأخذها كما قلنا : فيما إذا كان مال المديون دراهم، وله دنانير، فإن ثبت اختلاف المجانسة بينهما، ينبغي أن لا يكون للقاضي ولاية البيع والمبادلة؛ لأنه تصرّف في ملك المديون بغير رضاه، وأنه لا يجوز، وصار كالعروض والعقار.

وجه الاستحسان : أنهما جنسان مختلفان من حيث العين، ولهذا لا يجرى الربا بينهما، ولكنهما من حيث المالية جنس واحد، فإنهما خلقا للتقلب والتصرف، ولهذا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، وكل حكم يرجع إلى العين فيهما جنسان وغيران فيه، وكل حكم يرجع إلى المالية جعلا فيه جنسًا واحدًا، وحق صاحب الدين في العين ثابت، ولهذا لم يكن له ولاية المطالبة إلا بعين الدراهم، وإن كان له حق في المالية من وجه، ولكن من حيث إن حقه في العين لا يثبت له حق الأخذ، ومن حيث إنه حقه في المالية، يثبت له حق الأخذ، فلايثبت له حق الأخذ بالشك والاحتمال.

فأما ولاية القاضي إنما تثبت من حيث المالية، وهما فيه المالية كشيء واحد، فكان له ولاية المصارفة وقضاء الدين، وقد ذكرنا في "الجامع" في باب المساومة، ذكر في كتاب العين والدين أن صاحب الدنانير إذا ظفر بدراهم من عليه الدين، أو على العكس، كان له أن يأخذ هذا بيان مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه.

١٤٧٣٦- وأما على قول أبي يوسف ومحمد : القاضي يبيع مال المديون بدينه، لكن يبدأ بدنانيره إذا كان الدين دراهم، فإن فضل الدين عن ذلك، يبيع العروض أولا دون العقار؛ لأن العروض مُعدّة للتقلب والتصرّف والاسترباح عليه، فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه، فإن لم يفِ ثمنه بدينه، وفضل الدين عنه حينئذٍ يبيع العقار، أما بدون ذلك لا يبيع العقار؛ لأن العقار أعدّ للاقتناء، فيلحقه ضرر بيّن في بيعها، فلا يبيع العَقار من غير ضرورة، فإذا فضل الدين عن ثمن العُروض، تحققت الضرورة، فيبيع العقار، ويقضي الدين من ثمن العقار، وهذا على إحدى الروايتين عنهما، وفي رواية أخرى : لا يبيع العقار أصلا؛ لأنه غير معدّة للبيع، فإنه ما جرى العادة باستحداث الملك في العقار في كل وقت، فأما العُروض مال معدّ للبيع، فإذا امتنع من بيعها ناب القاضي منابه في البيع، وقال بعضهم : على قولهما : يبدأ ببيع ما يخشى عليه التوى والتلف من عروض، ثم ببيع ما لا يخشى عليه التلف، ثم ببيع العقار.

والحاصل أن القاضي نصب ناظرًا، فينبغي أن ينظر للمديون، كما ينظر للغرماء، فيبيع ما كان أنظر له، وببيع ما يخشى عيه التلف من العوض أنظر من بيع ما لا يخشى عليه، فيبدأ به، قال: فإن لم يفِ ثمنه بالديون، يبيع ما لا يخشى عليه التلف من العروض؛ لأنه أنظر من بيع العقار، فإن لم يفِ ثمنه بالديون حينئذٍ يبيع العقار.

١٤٧٣٧- وإذا كان للمديون ثياب يلبسها، ويمكنه أن يجتزى بدون ذلك، فإنه يبيع ثيابه، ويقضى الدين ببعض ثمنها، ويشترى بما بقى ثوبًا يلبسه؛ لأن لبس ذلك للتجمل، وقضاء الدين فرض عليه، وعلى هذا القياس إذا كان له مسكن، ويمكن أن يجتزى بما دون ذلك المسكن ببيع ذلك المسكن، ويصرف بعض الثمن إلى الغرماء، ويشترى بالباقى مسكنا لنفسه.

وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله: إنه يبيع ما لا يحتاج إليه للحال، حتى إنه يبيع البد فى الصيف، والنطع فى الشتاء، وإذا كان له كانون من حديد، أو صفر، يبيعه ويتخذ كانونا من طين.

١٤٧٣٨- وعن محمد رحمه الله: أن المديون إذا وجد من يدينه إلى أجل، ولايستدين ولايقضى يدخل تحت قوله ﷺ: «لى[١] الواجد يحل عرضه وماله»[٢]، وهذا لأن الواجد ليس هو الغنى، بل الواجد من يمكنه قضاء الدين، وقد أمكنه قضاء الدين بهذا الطريق.

ثم أى قدر يترك للمديون من ماله، ويباع ما سواه؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة فى شيء من الكتب، وقد رُوى عن عمر بن عبد العزيز فيه ثلاث روايات، فى رواية قال: يترك ثيابه ومسكنه وخادمه ومركبه؛ لأنه يحتاج إلى ذلك كله، وفى رواية أخرى قال: يترك ثيابه ومسكنه وخادمه، وبهذه الرواية أخذ بعض القضاة.

وفى رواية قال: يباع جميع ماله، ويؤاجر، ويصرف غلته إلى غرماءه، وفى

(١) لىُّ الواجد: أى مطل الواجد، يقال: لوى فلانًا دينه وبدينه ليًا: مطله.

(٢) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٢٢٧٠) وابن ماجه فى "سننه" (٢٤٢٧) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (٢٢٤٠٢) وابن حبان فى "صحيحه" (٥٠٨٩) والنسائى فى "الكبرى" (٦٢٨٨-٦٢٨٩) والحاكم فى "المستدرك" (٧٠٦٥) والطبرانى فى "المعجم الوسيط" (٢٤٢٨) وأحمد فى "مسنده" (١٧٩٧٥) والطبرانى فى "الكبير" (٧٢٤٩-٧٢٥٠).

ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله لا يؤاجر إلا رواية رُوى عن أبى يوسف رحمه الله، وجه ظاهر الرواية أنه لم يتعلق حق الغرماء بمنافع بدنه، فلا يؤاجر، ولكن أن أجر هو نفسه، وأخذ الأجرة، يترك له قوت يومه وعياله، ويصرف ما سوى ذلك إلى رب الدين.

ومن القُضاة من قال: إن كان فى موضع الحر يباع ما فوق الإزار؛ لأن هناك الحاجة إلى ستر العورة لا غير، وأنه يحصل بالإزار، وإن كان فى موضع البرد، يترك له ما يدفع به ضرر البرد حتى لا يباع جبته وعمامته، ويباع ما سوى ذلك، ومن المشايخ رحمهم الله من قال: يترك له دسّا من الثياب، ويباع ما سوى ذلك، وبه أخذ شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله، ومنهم من قال: يترك له دستين من الثياب، ويباع ما سوى ذلك، حتى إذا غسل أحدهما لبس الآخر، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله.

١٤٧٣٩- وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله: رجل عليه دين وهو معسر، وله دين على رجل مليء، فإن الحاكم يحبس المعسر، حتى يتقاضا مال على غريمه الموسر، ويقضى عن نفسه، فإن فعل وحبس غريمه الموسر، فإن الحاكم لا يحبس المعسر بما عليه؛ ولأنه قضى ما عليه فى تقاضى دينه، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا كان للمعسر دين على غريمه، أخذ القاضى غريمه بدينه، وقضى دين غرماءه.

١٤٧٤٠- وفيه أيضًا: رجل حبس فى الكفالة بنفس رجل، ثم علم أن المكفول بنفسه غائب ببعض الأمصار، قال: آمره أن يأخذ كفيلا بنفسه، ويخرجه من السجن، حتى يجيء بالذى كفل به، وكذلك المحبوس بالدين إذا علم أنه لا مال له فى هذه البلدة، وله مال فى بلدة أخرى، يؤمر رب الدين أن يخرجه من السجن، ويأخذ منه كفيلا بنفسه على قدر المسافة، ويأمره أن يبيع ماله، ويقضى دينه، ولم يذكره هنا أن رب الدين لو كان غائبًا، ورأيت فى موضع آخر أن القاضى يخرج المحبوس من السجن، ويأخذ منه كفيلا.

الحسن عن أبى يوسف رحمه الله: إذا باع أمين القاضى عروض المديون فى دينه، وقبض الثمن، وهلك، ثم استحق المبيع، يرجع المشترى على الغريم، ويرجع الغريم

على المطلوب، ولا يرجع المشترى على المطلوب.

١٤٧٤١- ويجوز إقرار المحبوس بالدين لغيره بعد أن يحلف بالله ما أقر به على وجه التلجئة، وهذا قول أبى يوسف رحمه الله، وإذا أقر المحبوس بالبيع، يحلف المشترى بالله أنه اشترى منه شراء صحيحًا، ودفع الثمن إليه، وما كان ذلك تلجئة -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثامن والعشرون
فيما يقضى به القاضى، وفيما يرد قضاءه وما لا يرد

١٤٧٤٢- ما يجب اعتباره فى هذا الفصل شيئان : أحدهما : أن قضاء القاضى متى اعتمد سببًا صحيحًا ، ثم بطل السبب من بعد ، لا يبطل القضاء؛ لأن بقاء السبب ليس بشرط لبقاء القضاء ، ألا ترى أن بقاء السبب لم يشترط لبقاء الحكم ، فكذا لايشترط لبقاء القضاء ، وإذا ثبت عدم السبب من الأصل بعد وجوده من حيث الظاهر ، فكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الآخر ، وعند أبى يوسف الأول -وهو قول محمد رحمه الله- : يبطل القضاء ، وهى مسألة قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهادة الزور ، والمسألة معروفة ، والثانى : أن استحقاق المبيع على المشترى يوجب توقف البيع السابق على إجازة المستحق ، ولايوجب نقضه وفسخه فى ظاهر الرواية .

وعن أبى حنيفة رحمه الله : أن الخصومة من المستحق ، وطلب الحكم من القاضى ذلك النقض ، فينتقض به البيع ، كما ينتقض بصريح النقض ، حتى لايعمل إجازة المستحق بعد ذلك ، عن أبى يوسف رحمه الله : أن أخذ العين بحكم القاضى دليل الفسخ والنقض ، فينتقض به ، حتى لا يعمل إجازته بعد ذلك ، وفى ظاهر الرواية : لا يكون شىء من ذلك النقض ، أما الخصومة وطلب الحكم فلأنهما لا ثبات الاستحقاق وإظهاره ، والاستحقاق لو كان ثابتًا ظاهرًا وقت البيع ، لا يمنع انعقاد البيع ، فظهوره فى الانتهاء لأنه لا يوجب النقض ، والفسخ أولا ، والأخذ بحكم القاضى أيضًا محتمل يحتمل التلوُّم والتأمل ، ويحتمل النقض والفسخ ، والعقد جائز بيقين ، فلا يثبت النقض بالشك .

١٤٧٤٣- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات" : رجل اشترى من آخر جارية ، ولم يقبضها ، حتى استحقها رجل بالبينة ، والبائع والمشترى حاضران ، وقضى القاضى بها للمستحق ، ثم ادعى البائع أو المشترى أن المستحق باعها من هذا البائع ، وسلّمها إليه ، ثم باعها البائع من المشترى ، وأقام البينة ، قبلت بينته ، فقد شرط محمد

رحمه الله فى الكتاب للقضاء بالجارية لمستحق حضرة البائع والمشترى، وأنه شرط لازم، حتى لو حضر البائع دون المشترى، أو حضر المشترى دون البائع، فالقاضى لا يقضى بها للمستحق، وإنما كان كذلك لأن للبائع يدًا، وللمشترى ملكًا، والقاضى بالقضاء يُبطل الملك واليد، فيكون قضاء عليهما، والقضاء على الغائب لا يجوز، فيشترط حضرتهما.

١٤٧٤٤- ثم إذا قضى القاضى بالجارية للمستحق، وأقام البائع أو المشترى بينة على ما بيّنا، قبلت بينته؛ لأن القضاء بالاستحقاق لم ينقض ذلك البيع فى ظاهر الرواية، فبقى البيع بين البائع والمشترى، فكانا خصمين فى إثبات هذا البيع، أما البائع فلأنه يؤكد يده فى الجارية، وهو محتاج إلى تأكيد يده فى الجارية ليقدر بها على التسليم، وليؤكد حقه فى الثمن قبل المشترى، وأما المشترى فلأنه يؤكد ملكه فى الجارية، فإنه يثبت الانتقال إلى بائعه، ثم من باعه إلى نفسه، فانتصب خصمًا عن بائعه فى حق إثبات الانتقال إليه؛ لأنه يحتاج إلى إثبات الانتقال إلى نفسه، ولا يمكن ذلك إلا بعد إثبات الانتقال إلى بائعه، فانتصب خصمًا عن بائعه فى حق إثبات الانتقال إليه، فهذه بينة صدرت عن خصم على خصم.

وإذا قبلت هذه البينة تبين أن البائع باع ملك نفسه، وأنها صارت مملوكة للمشترى، فيؤمر بتسليمها إلى المشترى، وإن لم يكن لهما بينة على ما ادعيا، وطلب المشترى من القاضى أن يفسخ العقد بينهما لعجز البائع عن التسليم، أجابه القاضى إلى ذلك؛ لأن عجز البائع عن التسليم مطلق للفسخ، أصله إذا أبق المبيع، أو غصب قبل القبض.

فإن فسخ القاضى العقد بينهما، ثم وجد البائع بينة، وأقامها على المستحق أنه كان اشتراها، وقبضها من المستحق قبل أن يبيعها من هذا المشترى، قضى القاضى بالجارية للبائع، وليس أن يلزمه المشترى، أما قضاء القاضى بالجارية للبائع فظاهر، وأما عدم إلزام المشترى باعتبار أن القاضى فسخ العقد بينهما بسبب قائم، وهو عجز البائع عن التسليم، فصح الفسخ، ونفذ، وبثبوت الملك للبائع فى الحال لا يستبين أن العجز لم يكن، بل كان ثم ارتفع، وارتفاع سبب القضاء بعد نفاذ القضاء وصحته لا يوجب

بطلان القضاء، كما لو قضى القاضى بفسخ البيع بسبب العيب، ثم زال العيب، أو قضى بالفرقة بسبب العنة، ثم زال العنة، وقول محمد رحمه الله فى الكتاب : ثم وجد البائع بينة، وأقامها على المشترى[١]، يشير إلى أن شرط قبول هذه البينة إقامتها على المستحق.

١٤٧٤٥- ولو كان المشترى قبض الجارية من البائع، واستحقها مستحق بالبينة، قضى بها للمستحق، ويشترط ههنا حضرة المشترى لا غير؛ لاجتماع ملك الرقبة واليد له، وينقض القاضى البيع بينهما على ظاهر الرواية، إذا طلب المشترى، ويرجع المشترى بالثمن على البائع؛ لأن المبيع استحق من يد المشترى بسبب سابق على الشراء، فإن أقام البائع بعد ذلك بينة على المستحق أنه كان اشتراها منه، وقبضها قبل أن يبيعها، قضى القاضى بها للبائع، وبطل نقض القاضى، حتى كان للبائع أن يُلزم الجارية المشترى؛ لأن الجارية إذا كانت مسلّمة إلى المشترى، لم يكن قضاء القاضى بالفسخ بسبب عجز البائع عن التسليم، وإنما كان باستحقاق الملك على المشترى، وبإقامة البائع البيّنة تبين أن الملك لم يكن مستحقّا عليه، فانعدم سبب الفسخ من الأصل، فأوجب بطلان القضاء بالفسخ، وهذا قول أبى يوسف الأول، وهو قول محمد، أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الآخر : لايبطل قضاء القاضى بالفسخ، ولا يكون للبائع أن يلزم المشترى الجارية؛ لما مرّ فى أول الفصل.

ثم عند محمد رحمه الله : لمّا كان للبائع أن يلزم المشترى الجارية، وإن أبى، هل للمشترى أن يأخذها من البائع إذا أبى البائع ذلك؟ لم يذكر هذا الفصل ههنا، قال مشايخنا رحمهم الله : وينبغى أن لا يكون له ذلك، وإليه أشار بعد هذا؛ لأن المشترى لمّا طلب من القاضى أن يفسخ العقد بينهما، فقد رضى بانفساخ البيع، وانفسخ العقد فى حقه إن لم ينفسخ العقد فى حق البائع، فلهذا كان للبائع أن يلزم المشترى، ولا يكون للمشترى أن يلزم البائع، هذا إذا فسخ القاضى العقد بينهما، فلو أن القاضى لم يفسخ العقد بينهما، ولكن البائع مع المشترى أجمع على الفسخ، حتى استحقت الجارية من يد المشترى، ثم أقام البائع بينة على المستحق على ما قلنا، وقضى القاضى له بالجارية لا

---

(١) هكذا فى جميع النسخ، ولكن الظاهر : المستحق.

يكون له أن يلزم المشترى بلا خلاف ؛ لأن الفسخ بالتراضى يثبت مطلقًا ، فلا يبطل بعد ذلك .

١٤٧٤٦- وإن أراد المشترى أن ينقض البيع بعد الاستحقاق من غير قضاء ولا رضاء ، ليس له ذلك ، فالمذهب أنه لا بد لصحة النقض ههنا من قضاء ، أو تراضٍ منهما ، وهذا لأن حق المشترى فى العين بعد الاستحقاق على ظاهر الرواية ، وإذا العقد لم ينقص بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية ، فالمشترى بالنقض يريد نقل حقه من العين إلى الثمن ، فلا يملك إلا بقضاء القاضى ، أو برضاء خصمه ، وهو نظير ما قلنا فى العبد المغصوب : إذا أبق من يد الغاصب ، وأراد المالك أن يضمّنه قيمته ، ليس له ذلك إلا بقضاء القاضى ، أو برضاء الغاصب .

وكذلك المغصوب إذا كان شيئًا مثليّا ، وانقطع أوانه[1] ، وأراد المالك أن يضمّن الغاصب قيمته ، ليس له ذلك إلا بقضاء أو رضاء الغاصب ، والمعنى فى الكل ما بينّا .

وإن كان المشترى لم يطلب من القاضى فسخ العقد بعد الاستحقاق ، ولكن طلب من البائع[2] أن يرد الثمن عليه ، وردّه عليه ، ثم أقام البائع بينة على المستحق على ما ذكرنا ، وأخذ الجارية من المستحق ، ليس له أن يلزم المشترى إياها ؛ لأن الإلزام يبتنى على البيع ، والبيع قد انفسخ بينهما بتراضيهما ؛ لأن المشترى بطلب الثمن رضى بالفسخ ، وكذلك بإعطاء الثمن رضى بالفسخ ، والفسخ ينفذ بالتراضى ، ويصح بالتعاطى ظاهراً وباطنًا ، فلا يبقى للبائع ولاية الإلزام بعد ذلك .

١٤٧٤٧- ولو كان البائع لم يرد الثمن حتى خاصمه المشترى إلى القاضى ، ففسخ العقد بينهما ، وألزم البائع الثمن للمشترى ، فأخذ منه أو لم يأخذه ، حتى أقام بينة على المستحق على ما قلنا ، وأخذ الجارية ، كان له أن يلزم المشترى عند محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأول ؛ لأن الفسخ ههنا ، لو ثبت بالقضاء ، والقضاء حصل بناء على سبب ظهر انعدامه من الأصل ، فأوجب بطلان القضاء عند محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأوّل على ما مرّ .

---

(١) هكذا فى ظ والأصل . ،كان فى م : أمثاله مكان : أوانه .

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل : ولكن طلبهن القاضى أن يرد الثمن عليه .

فرع محمد رحمه الله على الفصل الأخير : وهو ما إذا رجع المشترى بالثمن على البائع بقضاء القاضى ، فقال : لو أقر البائع أنه نوى الفسخ حين رجع المشترى عليه ، وباقى المسألة بحاله ، لم يكن للبائع أن يلزم المشترى بلا خلاف ؛ لأنه حين نوى الفسخ ، فقد رضى بالفسخ ، والعقد متى انفسخ بالتراضى لا يعود أصلا ، فقد أثبت الفسخ من جهة البائع بمجرد النية ، وذكر فى "الجامع الصغير" فى المشترى : الجارية إذا جحد الشراء ، وعزم البائع على ترك الخصومة أن له أن يطأها ، وأثبت الفسخ بمجرد عزم البائع على الفسخ ، وهذا مشكل ؛ لأن فسخ شىء من العقود لايقع بمجرد النية ، ألا ترى أنه لو كان فى البيع خيار شرط أو خيار رؤية ، ونوى بقلبه فسخ العقد ، لا ينفسخ بمجرد نيته .

من مشايخنا رحمهم الله من قال : لم يرد محمد رحمه الله نوى الفسخ أن يقصد بقلبه الفسخ ، وإنما أراد أن يظهر منه أمارات الرضاء بالفسخ ؛ لأن عرض الجارية على البيع ، أو وطئها بعد ما استردها من يد المستحق بإقامة البيّنة على نحو ما بيّنا ، ولكن هذا بعيد ، فإنه وضع المسألة فيما إذا أقر البائع أنه نوى الفسخ ، حين رجع المشترى عليه بالثمن ، والعَرض على البيع ، والوطء لا يتصور فى تلك الجارية ؛ لأن فى تلك الحالة الجارية ملك المستحق ، وفى يديه .

ومنهم من قال : تأويله أن البائع حين رد الثمن على المشترى نوى بفسخ العقد ، وفى مسألة الجامع الصغير عزم على ترك الخصومة بالوطء ، فيكون الفسخ اقترن به النية لا بمجرد النية .

وقوله فى الكتاب : نوى الفسخ حين رجع عليه المشترى أراد به رجوعًا اتصل به الرد .

ومنهم من قال : الفسخ ههنا وقع بقضاء القاضى ، إلا أن للبائع أن يبيّن بالبينة أن الفسخ لم يقع عند محمد رحمه الله وأبى يوسف الأول ، على نحو ما بينّا ، وهذا حق له ، فله تركه وله استيفاءه ، فإذا عزم على الفسخ فقد ترك هذا الحق ، فعملت بينته فى هذه ، أما الفسخ بقضاء القاضى .

١٤٧٤٨- رجل اشترى من آخر عبداً بمائة دينار ، وقبضه وباعه من آخر ، وقبضه المشترى الثانى ، ثم استحق رجل على المشترى الثانى ، فأقام المشترى الثانى بينة على

المستحق أنه كان باعه من البائع الأول بكذا، وسلّمه إليه، والبائع الأول باعه من بائعه، وسلّمه إليه، قبلت بينته فى ظاهر الرواية؛ لأن بالاستحقاق لا يفسخ العقود، فبقيت العقود موقوفة، فيحتاج المشترى الآخر إلى تقرير الملك للبائع الأول والثانى ليتقرر ملكه، فينتصب خصمًا فيه، فهذه بينة قامت من خصم على خصم، وليس فيه تغيير القضاء الأول، بل فيه تقرير له، وقد أقامها لا على الوجه الذى استحق عليه، فقبلت بينته، وقضى بالغلام له بهذه، فإن لم يقم المشترى الآخر بينة على ذلك، ولكن خاصم بائعه، وهو المشترى الأول فى الثمن، وقضى عليه بذلك، ثم إن المشترى الأول أقام بينة على أن المستحق باعه من البائع الأول، وسلّمه إليه قبل أن يبيعه منه، وأخذ الغلام منه، هل له أن يلزم المشترى الثانى؟ على قول محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأول: له ذلك، وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر: ليس له ذلك؛ لما ذكرنا.

فإن لم يجد المشترى الأول بينة على ذلك، ورجع على البائع الأول بالثمن، وقضى له به عليه، فأقام البائع الأول بينة على ذلك المستحق على ما ذكرنا، وأخذ العبد من المستحق، كان له أن يلزم المشترى عند محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأول؛ لما مرّ، وهل للمشترى الأول أن يلزم المشترى الثانى؟ عند محمد وأبى يوسف الأول ذكر أنه ليس له ذلك؛ لأن المشترى الثانى لما رجع على المشترى الأول، فقد رضى بانفساخ العقد بينه وبين المشترى الأول، فانفسخ العقد فى حقه، لكن لم يظهر الانفساخ فى حق المشترى الأول؛ لعدم الرضاء منه، ولهذا احتيج إلى القضاء عليه بالثمن، فإذا رجع هو على البائع الأول، فقد رضى بانفساخ العقد، فيتم الفسخ بينهما بتراضيهما، وقد ذكرنا أن الفسخ الحاصل بالتراضى يثبت مطلقًا، فلا يبطل بعد ذلك.

١٤٧٤٩- رجل اشترى من آخر غلامًا، وقبضه ونقد الثمن، فجاء مستحق واستحقه من يد المشترى بالبينة، وقضى القاضى بالغلام للمستحق، ثم أقام المشترى بينة على المستحق أنه كان أمر البائع ببيعه، فباعه بأمره، قبلت بينته؛ لأنه خصم فيه؛ لأنه بهذه البينة تقرر ملكه، فإنه يثبت كون البائع وكيلا من جهة المستحق، وبيع الوكيل يوجب الملك للمشترى، وليس فيه تغيير القضاء الأول، بل هو تقرير له؛ لأن بيع العبد بأمر المستحق إنما ينفذ باعتبار ملكه، فقبلت لهذا.

فإن لم يقم المشترى بينة على ذلك، ورجع على بائعه بالثمن، وقضى له به، ثم إن البائع أقام بينة على المستحق أنه كان أمره ببيع هذا العبد قبل أن يبيعه، ينظر إن كان ما دفع المشترى عين ما قبضه منه، أو أمسك المقبوض ورد مثله، أو استهلك المقبوض، وضمن مثله، لا تقبل بينته؛ لأنه لا فائدة فى قبول هذه البيّنة؛ لأن فائدة القبول فى هذه الصورة، أما إلزام المشترى الغلام أو استرداد ما دفع للمشترى، وكل ذلك ممتنع ههنا، أما إلزام المشترى الغلام فلأن البائع لما أثبت الوكالة ظهر أن المستحق كان موكلا، وقد فسخ العقد مع المشترى حين جحد الشراء، والمشترى قد رضى بذلك الفسخ حين رجع بالثمن على البائع، والعقد متى انفسخ فيما بين الموكل والمشترى بتراضيهما، فالوكيل لا يتمكن من إلزام المشترى ذلك العقد، عُرف ذلك فى موضعه.

ولا وجه إلى الثانى؛ لأن العقد لمّا انفسخ فيما بين الموكل والمشترى بتراضيهما، عاد الثمن إلى ملك المشترى، فإن كان قائمًا وجب على البائع، وهو الوكيل أن يرد عينه إن شاء، وإن شاء أمسكه، وردّ مثله، وإن كان الوكيل قد استهلكه ضمن مثله؛ لأن الوكيل يضمن بالاستهلاك، فإنما دفع الوكيل للمشترى ما هو عين حقه، فلا يكون له ولاية الاسترداد.

وإن كان الثمن قد هلك عند الوكيل، وضمن الوكيل للمشترى مثله من ماله، قبلت بينته؛ لأن له فى هذه البينة فائدة، وهو استرداد ما دفع إلى المشترى؛ لأن بهذه البينة ثبت أنه كان وكيلا، وهلاك الثمن فى يد الوكيل لا يوجب عليه ضمانًا، فيظهر أن المشترى أخذ ما أخذ بغير حق، فكان للوكيل ولاية الاسترداد، فلهذا قبلت بينته، وإذا قبلت بينته يسترد من المشترى ما دفع إليه، فيأخذ الغلام من المستحق، ويدفع إلى المشترى عند محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأول.

فإن قيل: ينبغى أن لا يكون للوكيل ولاية أخذ الغلام من المستحق؛ لأن العقد انفسخ فيما بين الموكل والمشترى بتراضيهما، فلا يعود بعد ذلك، فتقبل بينته على استرداد ما دفع إلى المشترى، لا على أخذ الغلام من المستحق، ويرجع المستحق بمثل ذلك الثمن، ويدفعه إلى المشترى؛ لأنه تبين أنه كان عاملا للمستحق[1]، فعند عدم

(١) وكان فى الأصل: أنه كان للقبض عاملا للمستحق.

سلامة الغلام للمشترى، يكون ضمان المقبوض على من وقع القبض له، وهو المستحق.

قلنا: الموكل إنما رضى بالفسخ بشرط أن لا يلحقه الغرم فى الآخرة، فإذا آل الأمر إلى أن يلحقه غرم فى الآخرة، لا يكون راضيًا، والمشترى إنما رضى بالفسخ بشرط أن يسلم المقبوض له، فإذا آل الأمر إلى أن لا يسلم له، لا يكون راضيًا، فلاينفسخ العقد بتراضيهما لو انفسخ إنما ينفسخ بقضاء القاضى، وقد ظهر أن قضاء القاضى وقع باطلا من الأصل عند محمد رحمه الله، وأبى يوسف الآخر.

وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول: قضاء القاضى بالفسخ نفذ من كل وجه، فلا يعود العقد بعد ذلك، فيقبل بينة الوكيل على استرداد ما دفع إلى المشترى، لا على أخذ الغلام من المستحق، ثم يرجع الوكيل على المستحق بمثل ذلك الثمن، ويدفعه إلى المشترى؛ لما ذكرنا.

وإن كان المشترى باع الغلام من آخر، ثم استحق من يد المشترى الآخر بالبينة، ورجع المشترى الأخير على المشترى الأول بالثمن، وقضى له، فأقام المشترى الأول بينة على أمر المستحق البائع بالبيع، قبلت بينته؛ لما ذكرنا، ويأخذ العبد من يد المستحق، ويلزمه المشترى الآخر عند محمد وأبى يوسف رحمهما الله؛ لأن قضاء القاضى بالفسخ اعتمد سببًا ظاهرًا، وقد انعدم ما يوجب بطلان القضاء وارتفاع الفسخ.

ولو أن المشترى الأول لم يجد بينة على ذلك، ولكن رجع على بائعه بقضاء القاضى، أو بغير قضاء القاضى، وأقام البائع الأول بينة على المستحق، فهو على الوجوه التى ذكرنا فى المسألة الأولى؛ لأن العقد الثانى انفسخ بين المشترى الثانى وبين المشترى الأول بتراضيهما على وجه لا يحتمل العَود، فخرج هو من البَين، بقى الكلام فى العقد الأول، وقد مرّ الوجه فيه.

١٤٧٥٠- رجل رهن من آخر جارية بألف درهم عليه للمرتهن، وقبضها المرتهن، ثم أخذها الراهن بغير إذن المرتهن، فباعها[١] من إنسان وسلمها إليه، ثم إن المرتهن أقام بينة على الرهن، قبلت بينته؛ لأن عقد الرهن باقٍ، فكان خصمًا فيه، فقبل

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: أو باعها.

بينته، ويدفع العبد إليه، فيكون رهنًا عنده؛ لأنه أثبت فيها ملك اليد لنفسه، وحق الحبس، ولهذا كان أحق من البائع، فيكون أحق ممّن تلقى الملك من جهته، وهل يتمكن المرتهن من فسخ هذا البيع؟

رُوى عن محمد رحمه الله أنه يتمكن، ووجه ذلك أن حق المرتهن بمنزلة الملك، فإن الثابت له ملك اليد والحبس، ومن باع ملك الغير، فإن أجازه المالك يتم البيع، وإن فسخه ينفسخ، فهذا مثله، والصحيح أنه لا يتملك؛ لأنه لا حق له حتى إذا أجازه كان المشترى متملكًا العين على الراهن، لا على المرتهن، وإنما الثابت للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس إلى أن يصل دينه إليه، وهذا المعنى يوجب توقيف العقد أما لا يثبت حق الفسخ، والمشترى بالخيار، إن شاء فسخ؛ لأن التسليم فات بسبب كان عند البائع، فيجعل كأن لم يكن، وإن شاء صبر حتى يفكها الراهن، فيأخذها؛ لأن فوات التسليم بسبب يرجى زواله، فله أن ينتظر ذلك، كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض، فإن اختار المشترى فسخ العقد، وفسخ القاضى العقد، وقضى له بالثمن على البائع، ثم إن البائع قضى المرتهن المال، واستردها، ليس له أن يلزم المشترى؛ لأن قضاء القاضى بالفسخ اعتمد سببًا ظاهرًا، وهو كونها مرهونة، وهذا لم ينعدم من الأصل، بل زال بعد تحققه، فلايوجب بطلان القضاء على ما مر.

ولو كان الراهن قد قضى الدين، وقبض الجارية، ثم باعها من هذا المشترى، ثم إن المرتهن جحد القضاء، وقضى القاضى له بالعبد رهنًا، وطلب المشترى من القاضى أن يفسخ العقد، وفسخ وردّ الثمن على المشترى، ثم أقام البائع بينة على قضاء الدين، واستردادها قبل البيع، وأخذها، وأراد أن يلزم المشترى، هل له ذلك؟ وقع فى بعض نسخ محمد رحمه الله أن المسألة على التفصيل إن كان المشترى لم يقبضها حتى استحقها المرتهن، ليس له ذلك؛ لأن قضاء القاضى بالفسخ كان باعتبار سبب قائم، وهو عجز البائع عن التسليم، وهذا لم ينعدم من الأصل، بل ارتفع بعد تحققه، ولا يوجب بطلان القضاء، وإن كان المشترى قبضها، فله أن يلزم المشترى، وعند محمد وأبى يوسف رحمهما الله الأوّل، خلافًا لأبى يوسف الآخر؛ لأن الجارية إذا كانت مسلمة إلى المشترى لم يكن قضاء القاضى بالفسخ باعتبار العجز عن التسليم، بل لكونها مرهونة، وهذا قد انعدم من الأصل، فيبطل قضاء القاضى عند محمد وأبى يوسف رحمهما الله

الأول على ما مرّ.

ووقع فى بعض النسخ : أن له أن يلزم المشترى عند محمد وأبى يوسف الأول مطلقًا من غير تفصيل ، وهكذا ذكر صاحب الكتاب ، فهذا الإطلاق يدل على ولاية الإلزام عند محمد وأبى يوسف رحمهما الأول ، سواء كانت الجارية مسلمة إلى المشترى ، أو لم تكن ، وهو الصحيح ، أما إذا كانت الجارية مسلمة فلما قلنا ، وأما إذا لم يكن مسلمة ؛ فلأن عجز البائع عن التسليم قد انعدم من الأصل ؛ لأن عجز البائع عن التسليم ؛ لكونها مرهونة ، وقد انعدم ذلك من الأصل -والله أعلم بالصواب- .

الفصل التاسع والعشرون
فى بيان ما يحدث بعد إقامة البينة قبل القضاء

١٤٧٥١- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": عبد فى يدى رجل، جاء رجل، وادّعى أنه عبده، وأنكر صاحب اليد دعواه، فذهب المدعى ليأتى بالشهود، فباع صاحب اليد العبد من رجل، وسلّمه إليه، ثم أودع المشترى العبد من البائع، وغاب، ثم إن المدعى أعاد صاحب اليد عند القاضى هذا ليقيم عليه البيّنة بحقه، فهذه المسألة على وجوه: إما إن علم القاضى بما صنع ذو اليد أو لم يعلم، ولكن أقر المدعى بذلك، وفى الوجهين جميعًا لا خصومة للمدعى مع صاحب اليد، وسيأتى جنس هذه المسائل فى كتاب الدعوى.

وكذلك إذا أقام صاحب اليد بينة على إقرار المدعى بذلك؛ لأن الثابت بالبينة إذا صحّت كالثابت عيانًا، فكأن القاضى عاين إقرار المدعى بذلك، وإن لم يكن شىء من ذلك، ولكن صاحب اليد أقام بينة على ما صنع، وذكر أنه وديعة فى يده لفلان بشراء، كان بعد الخصومة، فإن القاضى لا يقبل بينته، ولا تندفع عنه الخصومة، وإذا لم تندفع عنه خصومة المدعى، وقضى القاضى عليه بالعبد بينة المدعى لو حضر المشترى بعد ذلك، وأقام البينة على الشراء من صاحب اليد، لاتسمع بينته؛ لأنه يدعى تلقى الملك من جهة ذى اليد، وذو اليد صار مقضيًا عليه بالملك المطلق، فكذا من يدعى تلقى الملك من جهة ذى اليد، والذى ذكرنا فى دعوى البيع من الغائب، وإيداع الغائب منه كذلك فى دعوى الهبة والصدقة.

ولو كان القاضى لم يقض بشهادة شهوده المدعى حتى حضر المشترى دفع ذو اليد العبد إليه، ويجعل القاضى المشترى خصمًا للمدعى، ولا يكلف المدعى إقامة البينة؛ لأن إقامتها على ذى اليد صحت ظاهرًا، فلا يبطل بإقرار ذى اليد، ويجعل المشترى كالوكيل من ذى اليد، فإذا قضى القاضى بالعبد على المشترى للمدعى يبطل البيع الذى جرى بينه وبين ذى اليد، ورجع عليه المشترى بالثمن لاستحقاق المبيع من يده، وكذلك

لو شهد على صاحب اليد رجل واحد، ثم حضر المشترى، ودفع العبد إليه، فأقام المدعى شاهدًا آخر على المشترى، قضى له بالعبد، ولايكلفه على إعادة الشاهد الأول.

وكذلك لو أن ذا اليد باع العبد من غيره، ولم يسلمه إلى المشترى حتى حضر المدعى، فأقام الذى فى يديه البينة أنه باع من فلان، ولم يسلّمه إليه، لا يلتفت إلى بينة ذى اليد، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا أقام البينة على البيع والقبض، ثم الإيداع منه.

١٤٧٥٢- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": رجل فى يديه عبد، أقام رجل بينة على أنه عبده، اشتراه من الذى فى يده بألف درهم، ونقده الثمن، وأقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان، أودعه فإن الخصومة لا تندفع عنه، وستأتى هذه المسألة مع أجناسها فى كتاب الدعوى، فلو لم يقضِ القاضى بالعبد للمدعى حتى حضر المقر له، وصدق ذا اليد فيما أقر له به، فالقاضى يأمر ذا اليد بدفع العبد إلى المقر له؛ لأن الإقرار من ذى اليد وجد فى حال العبد مملوك له ظاهرًا، ثم يقضى القاضى لمدّعى الشراء بالعبد، ولا يكلف إعادة البينة على المقر له؛ لأن بينته صحّت ظاهرًا؛ لكون ذى اليد خصمًا له من حيث الظاهر، ولم يبطل بإقرار ذى اليد بالعبد للمقر له؛ لأن إقراره حجة فى حقه، لا فى حق غيره، ويصير الغائب إذا حضر كأنه هو الوكيل بالخصومة عن ذى اليد؛ لأنه أقر له بالملك، والخصومة يكون إلى المالك، فقد فوّض الخصومة إليه، وصار حاصل مسألتنا فى حق المدعى كأنه أقام شاهدين على ذى اليد بالشراء منه، فقبل أن يزكى بينته، ويقضى له بالعبد، وكل ذو اليد رجلا حتى يخاصم مع المدعى، ولو كان كذلك كان لا يكلف المدعى إعادة البينة ثانيًا، كذا ههنا.

فإن قال المدعى: أنا أعيد البينة على المقر له، كان له ذلك، وكان المقضى عليه فى هذه الحالة المقر له لا ذا اليد، بخلاف ما إذا قال المدعى: أنا لا أعيد البينة، فإن المقضى عليه فى هذه الصورة ذو اليد لا المقر له.

والفرق أن المدّعى إذا لم يرضَ بإعادة البينة، لم ينفذ إقرار ذى اليد فى حق المدعى؛ كيلا يلزمه إعادة البينة، فكان صاحب اليد لم يقر بذلك، ولو لم يقر بذلك، كان المدعى عليه ذا اليد؛ لأن البينة قامت عليه، وهو لم يكن وكيلا عن المقر له، فأما إذا

قال : أنا أعيد البينة ، فقد رضى ببطلان ما أقام من البينة على ذى اليد ، فنفذ إقرار ذى اليد فى حق المدعى ، فصار المقضى عليه فى هذه الصورة المقر له ، فلو أن القاضى لم يقضِ بالعبد للمدعى على الذى حضر ، حتى أقام الذى حضر بينة أنه عبدى ، أودعيته من صاحب اليد ، أو لم يقم البينة على الإيداع قبلت بينته ، وبطلت بينة مدعى الشراء ؛ لأن بينته تبين أن المدعى أقام البينة على غير الخصم ، وهذه البينة من رب العبد ما قبلت لإثبات الملك لرب العبد ؛ لأن العبد فى يده ، والملك ثابت له بظاهر اليد ، فلا حاجة له إلى البينة لإثبات الملك لنفسه فى العبد ، وإنما قبل لإبطال بينة المدعى ، فإن رب العبد بما أقام من البينة أثبت أن المدعى أقام البينة على غير خصم ، والبينة من صاحب اليد على إبطال بينة المدعى مقبولة ، كما لو أقام البينة أن شهود المدعى كفار ، أو عبيد ، أو محدودون فى قذف .

فإن أقام رب العبد بينة على ما قلنا ، ثم أعاد مدعى الشراء البينة على رب العبد أن العبد كان للذى فى يديه ، وأنه اشتراه منه بألف درهم ، ونقده الثمن ، فهذا على وجهين : إما إن أعاد البينة على رب العبد بعد ما قضى القاضى لرب العبد ببينته ، وفى هذا الوجه لا يقبل بينته ؛ لأن مدعى الشراء صار مقضيّا عليه من جهة رب العبد ؛ لأن رب العبد إنما أقام البينة على مدعى الشراء ، والمقضى عليه إذا أقام البينة فى عين ما يقضى عليه ، لا تقبل بينته إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له ، ولم يوجد ، كذا ههنا ، وإن كان قبل القضاء يقبل بينة مدعى الشراء ، متى أعادها على المقر له ، ثم ههنا ثلاث مسائل : إحداها : ما ذكرنا أن مدعى الشراء أقام شاهدين ، وقبل القضاء له أقر صاحب العبد بالعبد لإنسان ، وصدّقه المقر له .

١٤٧٥٣ - المسألة الثانية : إذا أقام المدعى شاهدًا واحدًا على الشراء من ذى اليد ، وأقر ذو اليد بالعبد لفلان الغائب ، ثم حضر فلان ، وصدّق المقر له فى إقراره ، فإنه يؤمر بدفع العبد إلى المقر له ؛ لما مرّ فى المسألة الأولى ، فإن أقام مدعى الشراء شاهدًا آخرَ على الشراء قضى بالعبد له ، ولا يكلفه القاضى إعادة الشاهد الأوّل على المقر له ؛ لما قلنا فى الشاهدين فى المسألة الأولى ، ويكون المقضى عليه ذو اليد دون المقر له ؛ لأن الشاهد الأول قام على ذى اليد ، والشاهد الثانى قام على المقر له ، وأمكن جعل المقر له بائعًا لذى اليد ؛ لأنه رضى بتفويض الخصومة إليه ، فجعل الشاهد القائم على المقر له

قائمًا على ذى اليد، ويكون المقر له كالوكيل على ذى اليد، فأما لا يمكن أن يجعل القائم على ذى اليد كالقائم على المقر له؛ لأن المقر له لم يرضَ بكون ذى اليد نائبًا عنه فى الخصومة، فلهذا جعلنا المقضى عليه ذا اليد دون المقر له، وما ذكر محمد رحمه الله فى الكتاب: أن القاضى يقضى بشهادة شاهدين على رب العبد أراد بذلك القضاء فى حق الأخذ والانتزاع من يده، لا فى حق القضاء بالملك، بدليل أنه ذكر أن المقر له لو أقام بينة أن العبد عبده، قبلت بينته، ولو صار مقضيًا عليه لما قبلت بينته.

١٤٧٥٤- المسألة الثالثة: مدعى الشراء إذا لم يقم البينة على ذى اليد، حتى أقر ذواليد أن العبد لفلان الغائب أودعه إياه، ثم حضر المقر له، وصدقه ودفع العبد إليه، ثم أقام مدعى الشراء البينة على المقر له، وقضى القاضى بذلك، كان المقضى عليه فى هذه الصورة المقر له؛ لأن إقرار ذى اليد قبل إقامة مدعى الشراء البينة أصلا صحيح فى حق المدعى، إذ ليس فيه إضرار بالمدعى، فصحّ وصار الثابت بالإقرار كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة أن الملك له، ثم ادعى المدعى أن العبد كان لفلان اشتراه منه يقضى له به، ويصير المقر له مقضيًا عليه دون ذى اليد، كذا ههنا، بخلاف المسألة الأولى والثانية؛ لأن ثمّة إقرار ذى اليد لم يصح فى حق المدعى؛ لأنه لو صح بطل ما أقام المدعى من البينة، فيتضرر به المدعى بإعادة البينة.

١٤٧٥٥- هذه الجملة فى الباب الثانى من دعوى الجامع، وفى آخر دعوى الجامع: رجل فى يديه دار جاء رجل، وادّعى أنها داره، وطلب القاضى من المدعى البينة، فقاما من عند القاضى، وباع المدعى عليه الدار من رجل، فبيعه صحيح حتى لو تقدّما بعد ذلك إلى القاضى، وجاء المدعى بشهود يشهدون على أن الدار له، وقد علم القاضى ببيع المدعى عليه، أو أقر المدعى بذلك، فلا خصومة بينهما، وإن كانت الدار فى يد المدعى عليه كذلك، ولو أقام المدعى شاهدًا واحدًا، ثم قاما من عند القاضى، فباع المدعى عليه الدار من رجل، فبيعه صحيح حتى لو تقدما بعد ذلك إلى القاضى، وجاء المدعى بالشاهد الآخر، فالقاضى لايسمع خصومة المدعى إذا علم القاضى بالبيع، أو أقر المدعى بذلك، ولو كان المدعى أقام شاهدين، فعدّلا فلم يقضِ القاضى بشهادتهما، ثم قاما من عند القاضى، وباع المدعى عليه الدار من المدعى، لا يصح بيعه حتى لو تقدّما بعد ذلك إلى القاضى، فالقاضى يقضى عليه بتلك البينة، وإن أقر المدعى

ببيعه، أو علم القاضي بذلك، فرق بين الشاهد وبين الشاهدين.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه سوّى بين الشاهد الواحد وبين الشاهدين، وأبطل بيع المدعى عليه، وبينته في الفصلين جميعًا، ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن بإقامة الشاهدين إن لم تثبت حقيقة الملك للمدعي في المدعى به، يثبت حق الملك لوجود الحجة بكمالها، وحق الملك للمدعي في المدعى به، يمنع صحة بيع المدعى عليه صيانة لحق المدعي، فالمدعي إنما أقر ببيع باطل، والقاضي علم بيعًا باطلا، فلا يصح ذلك دافعًا خصومة المدعي إما بإقامة الشاهد الواحد، كما لم يثبت حقيقة الملك للمدعي لم يثبت حق الملك لنقصان في الحجة، فكان تصرف المدعى عليه حاصلا في خالص ملكه فصحّ، فالمدعي أقر ببيع صحيح، والقاضي علم بيعًا صحيحًا، فصلح دافعًا خصومة المدعي.

وقد فرّق في هذه المسألة بين الشاهد الواحد وبين الشاهدين، وفي مسألة الإقرار التي تقدّم ذكرها، وهو ما إذا ادعى رجل دارًا في يدي رجل، وأقام المدعي شاهدًا واحدًا أو شاهدين، ولم يقض القاضي بالدار بشهادة الشاهدين، فأقرّ المدعى بالدار لرجل آخر، ثم جاء المدعي بالشاهد الآخر، أو ظهرت عدالة الشاهدين، والدار في يد المقر بعد، فالقاضي يقضي على المقرّ، وسوّى بين الشاهدين وبين الشاهد الواحد.

والفرق أن الإقرار إخبار، وفي الإخبار الأصل أنه إذا تضمن إلحاق الضرر بالغير، أن يعتبر كذبًا في حق ذلك الغير، والإقرار بعد الشاهد الواحد تضمن إلحاق الضرر بالمدعي، فإنه متى صحّ الإقرار يلزم المدعي إعادة ما أقام من الشاهد الواحد على المقر له، عسى يمكنه ذلك، وعسى لا يمكنه، فاعتبر كذبًا في حق المدعي، فلم يصح، فأما البيع وما أشبه إنشاء تصرف، وتهمة الكذب لا يتأتى في الإنشاءات، فلا يمكننا ردّ بيعه من هذا الوجه، وطلبنا للرد وجهًا آخر، فقلنا: إذا تضمن تصرف المدعى عليه إبطال ملك، أو حق ملك، أو يدًا مستحقة على الغير يردّ، وما لا فلا، وبعد إقامة الشاهد الواحد لم يتضمن تصرفه إبطال شيء من ذلك، فلم يصح.

١٤٧٥٦- وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: رجل ادعى دارًا في يدي رجل، وجحد المدعى عليه، فسأل الطالب البينة، فذهب في طلب البينة، وباع المدعى

عليه الدار ، فالبيع جائز ، وإن كان قد أقام المدعى البينة ، ثم باعها المدعى عليه .

قال محمد رحمه الله : إن قدرت على المشترى أبطلت البيع ، وإن لم أقدر عليه ، وعدّلت البينة ، خيرت المدعى ، فإن شاء أخذ من البائع قيمتها ، وإن شاء وقف الأمر ، حتى يقدم به المشترى به .

١٤٧٥٧- قال : عبد فى يدى رجل ، ادعاه رجلان ، كل واحد منهما يُقيم البينة أنه عبده ، أودعه الذى هو فى يديه ، وذو اليد يجحد ذلك أولا يجحد ، ولا يقر ، بل يسكت ، فلم يقض القاضى بشهادة الشهود ؛ لعدم ظهور عدم التهم ، حتى أقر ذواليد لأحدهما بعينه أنه عبده أودعنيه ، فإن القاضى يدفع العبد إلى المقر له ؛ لما مر ، فإذا عدّلت الشهود[1] ، قضى بالعبد بينهما نصفين .

وكان ينبغى أن يقضى بجميع العبد للذى لم يقر له ذو اليد ؛ لأن المقر له لّماصدق ذا اليد فيما أقر ، وأخذ العبد صار العبد ملكًا له رقبة ويدًا ، فصار المقر له مع صاحبه بمنزلة الخارج مع ذى اليد إذا أقاما البينة على الملك المطلق ، فيقضى بكل العبد للخارج ، واعتبره بما لو أقرّ ذو اليد لأحدهما قبل أن يقيما البينة ، ثم أقام كل واحد منهما بينة على ما ادّعى ، كان العبد كله للذى لم يقر له ذو اليد ، لما قلنا فههنا كذلك .

والجواب : وهو الفرق بينما قبل إقامة البينة وبينما بعدها أن التزكية لا تجعل البينة حجة ، بل يظهر من ذلك الوقت أن كونها حجة مثبتة للاستحقاق من ذلك الوقت ، فمتى كان الإقرار بعد إقامة البينة ، فعند ظهور العدالة يظهر الاستحقاق قبل الإقرار ، فيظهر أن الإقرار كان باطلا لصدوره عن شخص ظهر أنه ليس بمالك ، ومتى بطل الإقرار ، بطل التصديق ضرورة ؛ لأنه مبنى عليه ، فصار وجود الإقرار وعدمه بمنزلة ، فأما إذا كانت الشهادة بعد الإقرار ، فبظهور العدالة لا يظهر الاستحقاق قبل الإقرار ، فلا يتبين بُطلان الإقرار ، وإذا لم يبطل الإقرار صار المقر له صاحب يد ، وغير المقر له خارجًا ، فيقضى ببينة الخارج .

ولو أقام كل واحد من المدعيين شاهدًا واحدًا على ما ادّعاه ، ثم أقر ذو اليد بالعبد لأحدهما يدفع العبد إليه ، ولا يبطل ما أقام كل واحد منهما من الشاهد الواحد ، فإن أقام

---

(١) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل : فإذا ظهرت عدالة الشهود .

غير المقر له شاهداً آخر ، قضى بالعبد له ؛ لأن الشاهد الثانى مضاف إلى الشاهد الأول ، فصار أنه أقام شاهدين ، ولم يقم الآخر إلا شاهداً واحداً ، فإن لم يقضِ له ، حتى جاء المقر له بشاهد آخر ، قضى بالعبد بينهما نصفان ؛ لأن إقرار المقر ملحق بالعدم فيما يرجع إلى إبطال ما ادّعى من الشهادة .

١٤٧٥٨- ولو انعدم حقيقة ، وأضاف كل واحد منهما إلى شهادة شاهد آخر ، قضى بينهما ، كذا ههنا ، إلا أن يقول الذى لم يقر له ذو اليد قبل أن يقضى القاضى بالعبد بينهما نصفان ، أنا أعيد شاهدى الأول ، وأقيمها مع الشاهد الآخر على المقر له قبل أن يقضى القاضى بالعبد بينهما ، فحينئذٍ يقضى بكل العبد له ؛ لأنه حينئذٍ أبرأ ذا اليد عن الخصومة ، وأبطل ما قام عليه من الشهادة ، وعدم نفاذ إقرار ذى اليد فى حق غير المقر له إنما كان نظراً له كيلا يبطل ما أقام من الشهادة ، فإذا رضى به نفذ ، ووقع الدعوى بين المقر له ، وهو ذو اليد وبين غير المقر له ، وهو الخارج ، فعند إقامتها البينة يقضى للخارج .

ولو قال غير المقر له : قد مات شاهدى الأول ، أو غاب ، يُقال له : هات بشاهد آخر على المقر له ، يقضى لك بكل العبد ؛ لأن شهادة الأول لم تبطل بالموت والغيبة ، فكان موته وغيبته وبقاءه حيّا على السواء ، فإذا أقام شاهداً آخر يضم الثانى مع الأول ، فيقضى بالعبد كله له أن يقيم المقر له شاهداً آخر مع الشاهد الأول ، أو يقيم شاهدين مستقلين ، فيكون بينهما فرق بينما لو أقام غير المقر له شاهدين مستقلين على المقر له وبينما لو أقام المقر له شاهدين مستقلين على غير المقر له ، فقال : إذا أقام غير المقر له شاهدين مستقلين ، يقضى بكل العبد له ، وقال : إذا أقام المقر له شاهدين مستقلين ، يقضى بالبينة بينهما .

والفرق بينهما : وهو أن لغير المقر له أن يستأنف الخصومة مع المقر له ، ويبرئ المقر عن الخصومة ؛ لأن ما يدّعيه غير المقر له فى يد المقر له ، فإذا أقام شاهدين مستقلين ، فقد أبرأ المقر ، وخاصم المقر له ، فصار المقر له خصمًا ، وهو ذو اليد ، وغير المقر له خارج ، فيقضى بالعبد للخارج ، فأما المقر له لا يمكنه أن يجعل الذى ليس بمقر له خصمًا ، فيستأنف الخصومة معه ؛ لأنه لا بدّ لغير المقر له ، فاعتبر إقامة الشاهدين على الخصومة الأولى ، فبقيا خارجين ، فيقضى بالعبد بينهما لهذا .

فإن قيل[1] : إن لم يمكن أن يجعل إقامة شاهدين مستقلبين من المقر له على سبيل استئناف الخصومة مع المدعى ؛ لاستحقاق العبد عليه يمكنه أن يجعل هذا منه إبطالا لما أقام غير المقر له من الشاهد الأول الذى أقامها على المقر كما جعل فيما تقدم، وهو ما إذا ادّعى رجل على ذى اليد الشراء منه، وأقام البينة على ذلك، وادعى ذو اليد أنه لفلان أودعه، فقبل أن يقضى القاضى ببينته مدعى الشراء حضر فلان، وأقام البينة أنه له أودعه من ذى اليد حيث يبطل به ببينة مدعى الشراء[2]، فهنا كذلك.

والجواب ثمّة أمكن قبول بينته على إبطال بينة مدعى الشراء ؛ أن المقر ببينته يُثبت أن مدعى الشراء أقام البينة على مودع، وهو غائب، وبينة المدعى على المودع حال غيبة المودع باطلة، فأمكن قبول بينته لإبطال بينة المدعى، أما فى مسألتنا لايمكن قبول بينة المقر له على إبطال ما أقام على المقر له من الشاهدين ؛ لأن أكثر ما فى الباب أنه يثبت أن غير المقر له أقام البينة على المودع، لكن المقر له حاضر، وبينة المدعى على المقر حال حضرة المودع مقبولة، ولهذا افترقا.

١٤٧٥٩- عبد فى يد رجل أقام رجلان، كل واحد منهما البينة على أنه عبده أودعه إياه، وذو اليد جاحد أو ساكت، فقضى بالعبد بينهما نصفان، ثم إن أحدهما أقام على صاحبه تلك البينة أو غيرهما أن العبد عبده، لم ينتفع بتلك البينة، ولا يقضى له على صاحبه بتلك البينة بشىء ؛ لأن كل واحد منهما صار مقضيّا عليه فى النصيب الذى قضى به لصاحبه ؛ لأنه ببينته استحق الكل، ولو لا بينة صاحبه لقضى له بكل العبد، فإنما حرَم كل واحد من النصف[3] ببينة صاحبه، فصار هو مقضيّا عليه فى شىء لا يصير مقضيّا له فى عين ذلك الشىء[4] .

فإن قيل : كيف يجعل كل واحد من المدعيين مقضيّا عليه فى النصف الذى لصاحبه، ولم يكن له فى النصف ملك قبل القضاء لصاحبه؟

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل : فإن يمكن.

(٢) وكان فى الأصل : مدعى الشراء حضر.

(٣) وفى م : عن النصف.

(٤) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم : فى غير ذلك الشىء.

قلنا : إن لم يكن فيه ملك كان له حق الملك ؛ لأنه أقام البينة أن الكل له ، وأنها توجب حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها ، فقبل اتصال القضاء بها يوجب حق الملك ، وحق الملك معتبر بحقيقة الملك ، ولو ثبتت الحقيقة يصير مقضيًا عليه ، فكذا ههنا .

ولو عُدّلت بينة أحدهما ، ولم تعدل بينة الآخر ، أو لم يقم الآخر شاهدًا أصلا ، أو أقام شاهدًا واحدًا ، فقضى به لمن عدل[1] بينته ثم جاء الآخر ببينة عادلة قضى له به ؛ أنه لم يصر مقضيًا عليه به من جهة صاحبه ؛ لأنه لم يكن له فى المقضى به لا حقيقة الملك ، ولا حق الملك لعدم الحجة المُوجبة للقضاء ، والقضاء على الإنسان بإزالة الاستحقاق الثابت له ، فإذا لم يكن الحق ثابتًا له كيف تتصور إزالته؟ فعُلم أنه لم يصر مقضيًا عليه ، فيسمع دعواه وبينته بعد ذلك .

فلو أقام أحدهما البينة ، فلم تزكّ بينة حتى أقر ذو اليد أن العبد للذى لم يقم البينة أودعه إياه ، ودفع القاضى العبد إلى المقر له ، ثم زكيت بينته التى أقامها ، وأخذ صاحب البينة العبد من المقر له ، ثم إن المقر له أتى بينته أنه عبده أودعه إياه ذواليد ، قبلت بينته ، وقضى له بالعبد ؛ لأن المقر له لم يصر مقضيًا عليه ؛ لأن بينة غير المقر له قامت على ذى اليد ، وجعل المقر له كالوكيل عنه ؛ لما مرّ .

فإن قيل : الملك ثبت للمقر له بإقرار ذى اليد ، وبتصديق المقر له إياه ، ثم استحق عليه بالقضاء ببينة المدعى ، فيجعل المقر له مقضيًا عليه؟

قلنا : إقرار ذى اليد كان بعد إقامة الدعوى والبينة على ذى اليد ، وعند ظهور عدالة الشهود ، ثبت الاستحقاق من وقت الشهادة ، فيظهر أن إقرار ذى اليد كان باطلا ؛ لأنه ظهر أنه لم يكن مالكًا للعبد ، وإذا بطل إقراره بطل تصديق المقر له ؛ لكونه بناء عليه ، وإذا بطل الإقرار والتصديق صار وجودُه والعدم بمنزلة .

ولو عدما وباقى المسألة بحاله كان المقضى عليه الذى كان العبد فى يده دون المُقر له ، كذا ههنا ، وكذا لو أقام المقر له البينة على ما ذكرنا قبل القضاء لصاحبه ببينة يقضى للمقر له ، ويبطل بينته صاحبه ؛ لأن ببينة المقر له ظهر أن بينة صاحبه قامت على مودع المقر له ، وهو ليس بخصم ، والبينة متى قامت على غير خصم كان باطلا .

---

(١) وكان فى الأصل : عدلت .

فإن قيل : بينة المدعى متى قامت على مودع المقر له إنما يبطل إذا كان المقر له غائبًا وقت إقامة البينة على مودعه، أما إذا كان حاضرًا كانت مقبولة فيما تقدم، وتكون إقامة البينة على المودع المقر له، والمقر له حاضر وقت إقامة البينة عليه، كإقامة البينة على المقر له، وههُنا المقر له كان حاضراً وقت إقامة المدعى البينة .

قلنا : المقر له وإن كان حاضراً وقت إقامة البينة على الذى كان العبد فى يده حقيقة هنا، لكنه غائب حكمًا ؛ لأنه ليس بخصم للمدعى وقت إقامة البينة ؛ لأنه لم يكن للمقر له فى العبد لا ملك، ولا حق، ولم يثبت له زيادة خصومة بهذا العبد من بين سائر الأجانب، وهو كونه بحال لو أقام شاهدًا واحدًا، يقضى له، فصار شاهدًا غائبًا حكمًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمّة إن لم يكن للمقر له حقيقة الملك، ولا حق الملك بإقامة الشاهد الواحد، لكن له زيادة خصوصية فى هذا العبد من بين سائر الأجانب؛ لأنه صار بحال يستحق هذا العبد بإقامة شاهد واحد، وكانت خصومته معتبرة وقت إقامة المدعى البينة على مودعه، فكان حاضراً حقيقةً واعتباراً، بخلاف ما نحن فيه على ما مرّ.

فإن قال المدعى وهو غير المقر له : أنا أعيد شهودى على المقر له، هل تقبل بينته؟ فهذا على وجهين : إن كان ذلك بعد ما قضى ببينة المقر له، لا تسمع بينة المدعى ؛ لأنه صار مقضيّا عليه ببينة المقر له، وإن كان ذلك قبل القضاء ببينة المقر له قبلت ببينة المدعى ؛ لأنه لم يصر مقضيّا عليه، ثم يقضى له بجميع العبد؛ لأنه لما أعاد البينة، فقد أبرأ ذا اليد عن الخصومة، ورضى بنفاذ إقراره، فاستأنف الخصومة مع المقر له على ما مرّ، فتقررت يد المقر له، واجتمع بينة الخارج وبينة ذى اليد، فكانت بينة الخارج أولى بالقبول -والله أعلم بالصواب- .

الفصل الثلاثون

فى بيان من يشترط حضوره لسماع الخصومة والبينة وحكم القاضى وما يتصل بذلك عليه، وقيام بعض أهل الحق عن البعض فى إقامة البينة

١٤٧٦٠- إذا استحق العبد من يد مشتريه بالملك المطلق، وقضى القاضى بالعبد للمستحق، وقصر يد المشترى عن العبد، ورجع المشترى على بائعه بالثمن، فأقام البائع البينة أن هذا العبد نتج فى ملكى من أمتى، وأن القضاء للمستحق وقع باطلا، وليس لك حق الرجوع على بالثمن قبلت بينته؛ لأنه بهذه البينة يدفع استحقاق الثمن، فكان خصمًا فى إقامتها، وقبلت بينته، وكذلك إذا كان أقام البائع البينة على أن هذا العبد نتج فى ملك بائعى من أمته، قبلت بينته إذا أقاما بحضرة المستحق؛ لما قلنا.

فإن قيل: كيف تقبل بينة البائع فى هاتين الصورتين، وأن البائع صار مقضيًا عليه بالقضاء، كيف تقبل بينة من تلقى ذو اليد الملك من جهته؟

قلنا: نعم البائع صار مقضيًا عليه، ولكن بالملك المطلق لا بالنتاج، والبائع ههنا لا يقيم البينة على الملك المطلق، وإنما يقيم البينة على النتاج، والمقضى عليه بجهة إنما تقبل[1] بينته فى الجهة التى صار مقضيًا عليه، لا فى جهة أخرى، ألا ترى أن من ادعى دابة فى يد إنسان ملكًا مطلقًا، وصاحب اليد يدّعى النتاج، فلم يجد بينة على النتاج حتى قضى بالدابة للمستحق، ثم وجد صاحب اليد بينة على النتاج، وأقامها، قبلت بينته، وقضى بالدابة له، وإن صار ذواليد مقضيًا عليه؛ لأنه صار مقضيًا عليه بالملك لا بالنتاج، فقبلت بينته على النتاج لهذا.

ثم إن محمدًا رحمه الله شرط حضرة المستحق لقبول هذه البينة من البائع، وبعض مشايخنا رحمهم الله أبوا ذلك، وقالوا: ينبغى أن لا يشترط حضرة المستحق، وهكذا حكى شمس الأئمة السرخسى رحمه الله بفرغانة، وهذا لأن هذه البينة من البائع لدفع

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: إنما لا يقبل.

استحقاق المشترى الثمن عن نفسه، وهذا معنى يخص المشترى، فلا حاجة إلى اشتراط حضرة المستحق، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: لا بل حضرة المستحق شرط، كما أشار محمد رحمه الله؛ لأن هذه البينة تتعدى إلى المستحق، فإن هذه البينة متى قبلت يأخذ المشترى العبد من المستحق، فلا بد من حضرته[1]، وقيل على قياس قول محمد رحمه الله وأبى يوسف الآخر حضرة المستحق شرط، وعلى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الأول لا يشترط حضرته، وهذا القول أشبه وأظهر.

ووجه ذلك أن قضاء القاضى بالعبد للمستحق فى هذه الصورة نفذ ظاهرًا لا باطنًا، وانفسخ العقد ظاهرًا لا باطنًا، فكان للمشترى أن يأخذ العبد من المستحق، فهذه البينة تتعدى إلى المستحق، فيشترط حضرته، فأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول: فقضاء القاضى نفذ ظاهرًا وباطنًا، وانفسخ العقد ظاهرًا وباطنًا، فلا يتمكن المشترى من أخذ العبد من المستحق، فهذه البينة لا تتعدى إلى المستحق، فلا يشترط حضرته.

١٤٧٦١- قال فى "الزيادات": وإذا اشترى الرجل من آخر جارية، ولم يقبضها حتى استحقها رجل بالبينة، فالقاضى لا يسمع بينة المستحق، ولا يقضى له بالجارية ما لم يحضر البائع المشترى، وقد مرّت هذه المسألة فى الفصل المتقدم، ولو كان الاستحقاق بعد القبض لا يشترط حضرة البائع، وفى دعوى المستأجر يشترط حضرة الآجر والمستأجر؛ لأن الملك للآجر، واليد للمستأجر، وكذلك فى دعوى الرهن يشترط حضرة الراهن والمرتهن؛ لأن الملك للراهن، واليد للمرتهن.

١٤٧٦٢- وإذا أراد الشفيع الأخذ بالشفعة، وكان ذلك قبل قبض المشترى، يشترط حضرة البائع والمشترى للقضاء بالشفعة؛ لأن الملك للمشترى، واليد للبائع، وإذا استحق المستعار رجل بالبينة، يشترط للقضاء له حضرة المعير والمستعير جميعًا.

وفى دعوى الضياع هل يشترط حضرة الزارعين[2]؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم شرطوا، وبعضهم لم يشترطوا، وبعضهم قالوا: إن كان البذر من قبلهم

---

(١) هكذا فى الأصل وكان فى م وظ: حضرة.

(٢) هكذا فى م وظ، وكان فى الأصل: الموادعين.

يشترط حضرتهم؛ لأنهم مستأجرون للأراضى، وإن كان البذر من قبل رب الأرض، لا يشترط حضرتهم؛ لأنهم أجرأ رب الأرض، وكذلك اختلف المشايخ رحمهم الله فى اشتراط حضرة غلة دار أن در دعوى سمحها.

١٤٧٦٣- وإذا ادعى رجل نكاح امرأة، ولها زوج ظاهر يشترط حضرة الزوج الظاهر لسماع الدعوى والبينة، وإذا مات الرجل وترك أشياء يمكن نقلها، وعليه دين مستغرق لتركته، وليس له وارث ولا وصى، فالقاضى ينصب[1] له وصيًا لبيع تركته، ولا يشترط إحضار التركة لنصب الوصى، وهل يشترط إحضارها لإثبات التركة؟ فقد قيل: يشترط، وقد قيل: لا يشترط.

وإذا أقام البينة على إفلاس المحبوس، لا يشترط لسماعها حضرة رب الدين[2]، ولكن إن كان رب الدين حاضرًا أو وكيله حاضرًا، فالقاضى يطلقه بكفيل.

١٤٧٦٤- ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": رجل قدّم رجلا إلى القاضى، وقال: إنى زوجت ابنتى من هذا على صداق كذا بأمرها وهى بكر، وأنا أريد صداقها، فإن أقر الزوج النكاح والمهر، ولم يدّع الدخول بها، فالقاضى يأمر الزوج أن يدفع المهر إلى الأب، ولا يشترط إحضار المرأة عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد، وهو قول أبى يوسف الأول، وقال زفر رحمه الله: يشترط حضرتها، وهو قول أبى يوسف رحمه الله آخرًا، والصحيح قول أبى حنيفة ومحمد؛ لأن العادة الظاهرة فيما بين الناس أن الزوج يُسلم الصدّاق أولا، ويجهز الولى المرأة بذلك، ثم يسلمها مع جهازها إلى الزوج، فصار الزوج راضيًا بتأخير تسليم المرأة، فلا معنى لاشترط إحضارها.

١٤٧٦٥- ولو ادعى رجل على صغير شيئًا، وله وصى حاضر، يريد به الصغير المحجور عليه، لا يشترط حضرة الصغير، هكذا ذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب القسمة، ولم يفصّل بينما إذا كان المدعى به دينًا أو عينًا، وجب الدين بمباشرة هذا الوصىّ، أو وجب لا بمباشرته، وذكر الناطفى فى أجناسه: إذا كان الدين واجبًا بمباشرة هذا الصبى، لا يشترط إحضار الصغير.

---

(١) وفى الأصل: ينتصب.

(٢) وكان فى نسخة ظ: الدعوى.

وفى "أدب القاضى" للخصاف: إذا وقع الدعوى على الصبى المحجور، إن لم يكن للمدعى بينة، لا يكون له حق إحضار الصغير، وإن كان للمدعى بينة، والمدعى يدعى الاستهلاك، فله حق إحضاره؛ لأن الصبى مؤاخذ بأفعاله، والشهود يحتاجون إلى الإشارة إليه، فكان له حق إحضاره، ولكن يحضر معه أبوه حتى إذا لزم الصبى شىء يؤدى عنه أبوه من ماله.

وفى "كتاب الأقضية": أن إحضار الصبى فى الدعاوى شرط، وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله من شرط ذلك، سواء كان الصغير مدعيًا أو مدعى عليه، ومنهم من أبى ذلك.

وإذا لم يكن للصبى وصى، فطلب المدعى من القاضى أن ينصب عنه وصيًا، أجابه القاضى إلى ذلك، ويشترط حضرة الصغير عند نصب الوصى للإشارة إليه، هكذا ذكر فى الفتاوى.

وفى "كتاب الأقضية": ومن مشايخ زماننا رحمهم الله من أبى ذلك، وقال: لو كان الصبى فى المهد، أيشترط إحضار المهد؟ لأن اشتراطه بعيد، وقال: ألا ترى أنه لو وقع الدعوى على امرأة مخدّرة، أو على مريض، لا يشترط إحضارها، والصبى أعذر، والأول أقرب إلى الصواب، وأشبه بالفقه؛ لأن المعنى الذى لأجله شرط حضرة البائع إذا كان مدّعيًا أو مدعى عليه، وهو قطع الشبهة، والتهمة بالإشارة، وذلك المعنى موجود فى حق الصبى، ولا يبعد إحضار المهد إذا وقعت الحاجة إليه، وفيما إذا وقع الدعوى على مريض، أو امرأة مخدرة، فقد ذكرنا قبل هذا أن القاضى يبعث أمينًا من أمناءه مع شاهدين يشهدان على إقرارهما أو نكولهما، فإذا أقرا، أو نكلا أمرهما الأمين أن يوكلا وكيلا، ويكون توكيلهما بمحضر من الأمين بمنزلة توكيلهما بمحضر من القاضى، فتنقطع الشبهة والتهمة على أن ثمّة ضرورة، وهو إبقاء الستر على المرأة، وصيانة المريض عن ضرر زائد يلحقه بسبب الحضور مجلس الحكم، ولا ضرورة فى الصبى حتى لو انعدمت الضرورة ثمّة أيضًا، بأن كانت برزة تخالط الرجال، ولا يلحق المريض ضرر زائد بالحضور مجلس الحكم يشترط إحضارهما أيضًا.

وفى المأذون الكبير العبد المأذون إذا لحقه دين التجارة، وطلب الغرماء من القاضى

بيع العبد، فالقاضى لا يبيع العبد إلا بحضرة المولى، فرق بين رقبة العبد وبين كسبه، فإن كسب العبد يباع وإن لم يكن المولى حاضراً.

والفرق: أن الخصم فى رقبة العبد المأذون المولى دون العبد، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقا فى رقبة العبد، كان الخصم هو المولى، فيشترط حضرة المولى، أو حضرة نائبه ليبيع[1] العبد لهذا، فأما الخصم فى كسب العبد هو العبد دون المولى، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان فى كسبه حقّا، فالخصم فى ذلك هو العبد، ولما كان الخصم فى اكتساب العبد هو العبد بشرط حضرة العبد.

١٤٧٦٦- وفيه أيضًا: إذا شهد شاهدان على العبد المأذون بغصب اغتصبه، أو بوديعة استهلكها أو جحدها، أو شهدوا عليه بإقراره بذلك، أو شهدوا عليه ببيع، أو شراء، أو بإجارة، وأنكر العبد ذلك، ومولاه غائب، قبلت شهادتهما، ولايشترط حضرة المولى؛ لأنهم شهدوا على المأذون بضمان التجارة؛ لأن ما يجب بالأسباب التى شهد به الشهود ضمان التجارة، والخصم فى ضمان التجارة المأذون.

ولو كان مكان العبد المأذون عبدًا محجوراً عليه إذا شهد عليه شاهدان باستهلاك مال أو غصب اغتصبه، وجحد العبد ذلك، لا تقبل هذه الشهادة إلا بحضرة المولى؛ لأن العبد المحجور فيما يدعى عليه من استهلاك المال ليس بخصم.

وقول محمد رحمه الله فى هذه المسألة: إن الشهادة لا تقبل، معناه أنها لاتقبل على المولى حتى لا يخاطب المولى ببيع العبد، أما تقبل الشهادة على العبد، ويقضى القاضى عليه، حتى يؤاخذ به بعد العتق، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرح المأذون، وهذا لأن المدعى ادّعى على العبد الاستهلاك، ووجوب الدين فى ذمته، وادعى على المولى بيع العبد بالدين، فإن تعذر القضاء على المولى لغيبته أمكن القضاء على العبد، فيقضى القاضى على العبد حتى إذا أعتق يؤاخذ به.

وإن كان المولى حاضراً مع العبد، فإن كان المدعى ادعى استهلاك مال أو غصبه، فالقاضى يقضى على المولى، وإن ادعى استهلاك وديعة، أو استهلاك بضاعة على العبد المحجور، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله: القاضى لا يسمع هذه البينة على

---

(١) وكان فى الأصل: ليتبع.

المولى ؛ لأن المدعى لا يدعى شيئًا على المولى فى هذه الصورة ، فإن العبد المحجور إذا استهلك وديعة عنده ، أو بضاعة عنده ، لا يجب على المولى شىء ، ولكن يؤاخذ به بعد العتق ، وعند أبى يوسف رحمه الله يسمع البينة على المولى ؛ لأن المدعى يدعى على المولى بيع العبد فى الدين ، أو قضاء الدين من ماله ، ألا ترى أنه لو ثبت ذلك من العبد معاينة ، يؤاخذ المولى[1] عنده ببيع العبد ، وإن شهد الشهود على إقرار العبد بذلك ، لا يقضى على المولى بهذه البينة ، سواء كان غائبًا أو حاضرًا ، ألا ترى أنه لو ثبت إقرار العبد بذلك معاينة ، لايؤاخذ المولى بشىء ، فكذلك إذا ثبت بالبينة ، والصبى الذى أذن له أبوه أو وصى أبيه فى التجارة بمنزلة العبد المأذون له فى التجارة ، إذا شهد الشهود عليه بما هو من ضمان التجارات ، قبلت شهادتهم عليه ، وإن كان الذى أذن له غائبًا .

١٤٧٦٧- وإذا شهد الشهود على العبد المأذون بقتل عمدًا ، وقذف امرأة ، أو زنا ، أو شرب خمر ، والعبد ينكر ، فإن كان المولى حاضرًا ، قضى بذلك على العبد بلا خلاف ، وإن كان العبد حاضرًا ، والمولى غائبًا ، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : القاضى لايقضى عليه بشىء ؛ لأن المستحق ببعض هذه الأشياء دم العبد ، ومال المولى وببعضها نفس العبد ، ومال المولى ، فكان الخصم العبد والمولى جميعًا ، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله : القاضى يقضى عليه بالحد والقصاص ، كما لو قامت البينة عليه بالحد أو القصاص قبل الإذن .

وإن كان الشهود شهدوا على إقرار العبد ، إن شهدوا على إقراره بالحدود الخالصة لله تعالى ، كحد الزناء وشرب الخمر ، لا تقبل هذه الشهادة بالإجماع ؛ لأنهم شهدوا على إقرار مرجوع عنه ، وإن شهدوا على إقراره بالقذف ، أو بقتل العمد ، تقبل البينة حال حضرة المولى ، ويقضى بالقصاص وحد القذف ، وإن كان المولى غائبًا ، فالمسألة على الخلاف ، وإن قامت البينة على إقرار العبد ؛ لأن الإقرار الذى هو سبب لثبوت القصاص على العبد ، ثبت بالبينة ، فيعتبر كما لو أقامت البينة على القتل والقذف ، وهناك يشترط حضرة المولى عندهما ، خلافًا لأبى يوسف رحمه الله ، كذا ههنا .

ولو شهد الشهود على صبى مأذون له ، أو معتوه مأذون له بقتل عمد ، أو قذف ،

---

(١) وكان فى الأصل : يواخذ به المولى .

أو شرب خمر أو زنا، ففيما عدا القتل لا تقبل الشهادة، سواء كان الآذن حاضراً أو غائبًا، وفيما إذا شهدوا بالقتل الخطأ إن كان الآذن حاضرًا، تقبل الشهادة، ويقضى بالدية على العاقلة، وإن كان الآذن غائبًا، لا تقبل الشهادة؛ لأن القتل غير داخل تحت الإذن؛ لأن الداخل تحت الإذن التجارة، والقتل ليس بتجارة، وما لم يدخل تحت الإذن، فالحال فيه بعد الإذن، والحال فيه فيه قبله سواء، وقبل الإذن لو قامت البينة، وقضى بالدية على العاقلة، وإن كان غائبًا لاتقبل، فكذا بعد الإذن.

وإن شهدوا على إقرار الصبى والمعتوه ببعض ما ذكره، لا تقبل الشهادة، سواء كان الآذن حاضراً أو غائبًا، وإن شهدوا على عبد مأذون له بسرقة عشرة دراهم أو أكثر، وهو يجحد، فإن كان مولاه حاضراً قطع عندهم جميعًا، وهل يضمن السرقة إن كان استهلكها لا يضمن، وإن كانت قائمة ردها على المسروق منه، وإن كان المولى غائبًا، لا يقطع العبد عند أبى حنيفة ومحمد، ويضمن السرقة؛ لأن الخصم فى القطع المولى والعبد، والخصم فى المال العبد، عند أبى يوسف رحمه الله: يقضى بالقطع؛ لأن الخصم حق القطع العبد لا غير، والعبد حاضر، وإن كان الشهود شهدوا بسرقة أقل من عشرة دراهم، قضى القاضى بالمال، ولا يقضى بالقطع، سواء كان المولى حاضراً أو غائبًا.

وإن كان الشهود شهدوا على إقرار المأذون بسرقة عشرة دراهم، والمولى غائب، فالقاضى يقضى بالمال على العبد، ولا يقضى بالقطع فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يقضى بالقطع.

١٤٧٦٨- ولو شهدوا على عبد محجور بسرقة عشرة دراهم أو أكثر، فإن كان المولى غائبًا، فالقاضى لا يقضى عليه بشىء لا بالقطع، ولا بالمال عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله [وعند أبى يوسف[1] رحمه الله: يقطع] لأن الخصم فى حق القطع العبد لا غير، والعبد حاضر، وإن كان الشهود شهدوا على إقرار العبد المحجور بالسرقة، فالقاضى لا يقبل هذه البينة أصلا إن كان المولى غائبًا، وإن كان حاضراً لا يسمع البينة على المولى حتى لا يقطع العبد، ولا يؤاخذ المولى ببيعه لأجل المال، ولكن

(١) ما بين القوسين موجود فى ظ فقط.

يؤاخذ العبد به بعد العتق.

١٤٧٦٩- وإذا وهب الرجل لعبد رجل جارية، ثم أراد الرجوع فيها، واختصموا إلى القاضى، ومولى العبد غائب، فإن كان العبد مأذونًا، فالقاضى يقضى له بالرجوع، وإن كان محجوراً لا يقضى له بالرجوع ما لم يحضر المولى، أما الأول فلأن الواهب يدّعى حقّا فيما فى يد المأذون من كسبه، ويده يد معتبرة على ما فى يده، ولهذا لو باع ما فى يده يجوز، فكان رجوع الواهب إبطال يد العبد، فكان هو الخصم فى ذلك، فلا يشترط حضرة المولى، وأما الثانى فلأن يد المحجور على ما فى يده ليست بيد معتبرة، ألا ترى أنه لو باع ما فى يده، لا يجوز بل يده للمولى حكمًا، فكان رجوع الواهب إبطال يد المولى حكمًا، فيشترط حضرة المولى [وأما الثانى فلأن يد المحجور على ما فى يده(1)] فإن قال العبد: أنا محجور، وقال الواهب: أنت مأذون، ولى أن أرجع فيها قبل حضور مولاك، فالقول قول الواهب مع يمينه استحسانًا؛ لأن الهبة حين وقعت، وقعت موجبة للرجوع، فالعبد بقوله: أنا محجور يدعى تأخير حق الواهب فى الرجوع إلى أن يحضر المولى والتأخير نوع إبطال، فكان القول قول الواهب، وإن أقام العبد البينة أنه محجور، لا تقبل بينته.

هذا إذا كان المولى غائبًا، والعبد حاضراً، فإن كان المولى حاضراً، والعبد غائبًا، فإن كان الموهوب فى يد العبد، لم يكن المولى خصمًا؛ لأن الواهب لايدّعى على المولى عينًا فى يده، ولا حقّا فى عين فى يده، ولا دينًا فى ذمته، والإنسان إنما ينتصب خصمًا لغيره بأخذ هذه الوجوه.

وإن كانت الهبة فى يد المولى، فهو خصم؛ لأن المولى يزعم أن ما فى يده ملكه؛ لأن الموهوب من العبد ملك المولى، إذا لم يكن على العبد دين، ولم يعرف دين العبد هنا، ومن ادعى حقّا فى عين فى يد إنسان، وذو اليد يدعى أنه ملك له، ينتصب خصمًا للمدعى، وإن قال المولى: أودعنى هذه جارية عبدى فلان، ولا أدرى أوهبتها له أم لا، فأقام المدعى بينة على الهبة، فالمولى خصم؛ لأن المولى يزعم أن ما فى يده ملكه، فينتصب خصمًا لمن يدعى أنه ملكه -والله أعلم-.

---

(١) زيد من م.

الفصل الحادى والثلاثون
فى نصب الوصى والقيّم وإثبات الوصاية عند القاضى

١٤٧٧٠- وإذا ترك الرجل مالا فى البلدة التى فيها، وورثته فى بلدة أخرى، فادعى عليه قوم حقوقًا وأموالا، هل ينصب القاضى عن الميت وصيًا ليثبت الغرماء الديون والحقوق على الميت؟

ذكر الخصّاف رحمه الله فى "أدب القاضى": أن هذه البلدة إن كانت منقطعة عن تلك البلدة، ولا تذهب العير من هنا إلى ثمّة، ولا يأتى[1]، كان للقاضى أن ينصب وصيًا [فى ماله[2]].

١٤٧٧١- وذكر الخصّاف رحمه الله فى نفقاته فى باب نفقة المرأة: إذا مات الرجل، ولم يوص إلى أحد، وله أولاده صغار وكبار، فالقاضى ينصب وصيًا فى ماله، قال شمس الأئمة الحلوانى: وللقاضى أن ينصب الوصى فى مال الميت فى ثلاثة مواضع: أحدها: أن يكون على الميت دين، أو تكون الورثة صغارًا، أو يكون الميت أوصى بوصايا، فينصب وصيًا لينفذ وصاياه، فإنما ينصب القاضى الوصى فى هذه المواضع، وفيما عداها فلا، وما ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى" لا يخالف ما ذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله؛ لأن المراد بما ذكره شمس الأئمة رحمه الله نصب الوصى لقضاء الدين، والمراد بما ذكر الخصّاف رحمه الله نصب الوصى لإثبات الدين.

١٤٧٧٢- وإذا هلك الرجل، وترك عروضًا وعقارًا، وعليه ديون، وله ورثة كبار، فامتنعت الورثة عن قضاء الدين، وعن بيع التركة، وقالوا لرب الدين: سلمنا التركة إليك وأنت أعلم، فالقاضى هل ينصب وصيًا للميت؟ فقد قيل: ينصب، وقد

---

(١) هكذا فى متن ظ وم، وكان فى حاشية ظ: ولا يأتى كتاب كان للقاضى وكان فى الأصل: ولا يأتى ثمه كان للقاضى.

(٢) زيد من م.

قيل : لا ينصب ، ويأمر الورثة بالبيع ، فإن أبوا حبسهم حتى يبيعوا ، وهذا القائل يقيس هذا على العدل فى باب الرهن إذا كان مسلّطًا على البيع ، وأبى البيع ، فالقاضى يجبره على البيع بالحبس ؛ لأنه امتنع عن إيفاء ما هو مستحق عليه ، كذا هنا ، فإذا حبسه القاضى ، ولم يبع الآن ، يبيع بنفسه ، أو ينصب وصيّا للميت ليبيع الوصى إيفاء لصاحب الدين بقدر الممكن .

وسئل شمس الإسلام[1] الأوزجندى رحمه الله عمّن مات ، ولم يترك شيئًا وعليه دين ، فأراد الغريم إثبات دينه ، فله ذلك ، يقيم البينة على الورثة إن كان له ورثة ، وكانوا حضورًا ، وإن لم يكن له ورثة ، أو كانوا غُيّبًا ، فالقاضى ينصب له وصيّا حتى يثبت الدين عليه ، وهذا الجواب يخالف ما ذكره الخصّاف رحمه الله فى المسألة المتقدمة .

١٤٧٧٣- وإذا نصب القاضى وصيّا فى تركة الأيتام[2] ، والأيتام فى ولايته ، ولم تكن التركة فى ولايته ، أو كانت التركة فى ولايته ، ولأيتام لم يكونوا فى ولايته ، أو كان بعض التركة فى ولايته ، والبعض لم تكن فى ولايته ، حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله أنه قال : يصح النصب على كل حال ، ويعتبر التظالم والاستعداء[3] ، ويصير الوصى وصيّا فى جميع التركة أينما كانت التركة ، وقال القاضى الإمام على السعدى رحمه الله : ما كان من التركة فى ولايته يصير وصيّا فيه ، وما لا فلا ، وقيل أيضًا شرط صحة النصب كون اليتيم فى ولايته ، ولا يشترط كون التركة فى ولايته .

١٤٧٧٤- وإذا نصب القاضى متوليًا فى وقف ، ولم يكن الوقف والموقوف عليه فى ولايته ، قال شمس الأئمة [الحلوانى[4]] رحمه الله : هذا إذا وقعت المطالبة فى مجلسه صح النصب ، وقال ركن الإسلام رحمه الله : لا يصح ، وإن كان الموقوف عليهم فى ولايته ، بأن كانوا طلبة العلم ، أو أهل قرية ، أو أهل بلدة ، أو أناسًا معدودين ، أو كان

---

(١) هكذا فى م وظ ، وكان فى الأصل : شمس الأئمة .

(٢) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل : فى تركة إنسان .

(٣) وكان فى الأصل : الاستعداد .

(٤) هكذا فى الأصل .

رباطًا أو مسجدًا، ولم تكن الضيعة الموقوفة فى ولايته، قال شمس الأئمة رحمه الله : يعتبر المرافعة والتظالم، وقال ركن الإسلام : بأن كان المقضى عليه حاضرًا، يجوز .

١٤٧٧٥- غرماء قرية تقدموا إلى القاضى، وقالوا : إن فلانًا مات ولم يوص إلى أحد، والحاكم لا يعلم بذلك، فيقول لهم : إن كنتم صادقين، فقد جعلت هذا وصيًّا، فإنه يصير وصيًّا إن كان يعرف هؤلاء بالعدالة .

فى " فتاوى أبى الليث رحمه الله " : وفى " فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله " : جاء رجل إلى قاضٍ من القُضاة، وقال : أبى فلان مات، وعليه ديون، وترك عروضًا وعقارًا، ولم يوص إلى أحد، وأنا لا أستطيع بيع ما ترك لأقضى دينه، لأن أهل الناحية لا يعرفوننى، لابأس للقاضى أن يقول : إن كنت صادقًا بع المال، واقض الدين إن كان صادقًا، وقع موقعه، وإن كان كاذبًا لا يعمل أمر القاضى .

١٤٧٧٦- وإذا مات الرجل، وقد كان أوصى إلى رجل، أى جعله وصيًّا، وقبل الوصى الوصاية فى حياته، أو بعد وفاته، وجاء إلى القاضى يريد إثبات وصايته، فالقاضى ينظر فيه إن كان أهلا للوصاية، يسمع دعواه إذا أحضر مع نفسه من يصلح خصمًا حتى إن المدعى إذا كان عبدًا أو صبيًّا، فالقاضى لا يسمع دعواهما ؛ لأنهما ليسا من أهل الوصاية، أما العبد فلأنه مشغول بخدمة المولى، وأما الصبى فلأنه لا يهتدى إلى التجارات، وهل ينفذ تصرفهما؟ اختلف المشايخ فيه رحمهم الله، والأصح أنه لا ينفذ ؛ لأنه لو نفذ تصرفهما إما أن ترجع العهدة إلى الميت، ولا وجه إليه، وأنه ظاهر، وإما أن يرجع إليهما، ولا وجه إليه أيضًا ؛ لأنهما ليسا من أهل لزوم العُهدة، فإن عتق العبد، فالقاضى يسمع دعواه بعد ذلك، ويقضى بوصايته .

وإن كبر الصبى، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله : القاضى يسمع دعواه، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : لا يسمع، وهنا كلمات كثيرة تأتى فى كتاب الوصايا [بعد هذا[١]] إن شاء الله تعالى، والخصم فى ذلك وارث[٢]، أو موصى له، أو رجل للميت

(١) هكذا فى الأصل .

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل : إن شاء الله تعالى والخصم فى ذلك، وإن أوصى له أو رجل للميت، أو عليه دين .

عليه دين، أو رجل له على الميت دين، أما الوارث فلأن الوصى يدعى أن يده فوق الوارث فى مال الميت رأيًا وتدبيرًا وتصرّفًا، والوارث ينكر ذلك، فيكون خصمًا له، وأما الموصى له فلأنه بمنزلة الوارث، وأما الغريم الذى للميت عليه دين فلأنه يدعى حق استيفاء ما عليه من الدين، وهو ينكر.

وأما الغريم الذى له على الميت دين، فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله أنه لا يكون خصمًا له، وقال الخصاف رحمه الله: يكون خصمًا؛ لأنه يريد أن يدفع[1] خصومته فى الدين، وإنما يكون له ذلك بعد إثبات الوصاية، هذه الجملة من "كتاب الأقضية".

١٤٧٧٧- وفى "المنتقى" رواية إبراهيم رحمه الله: رجل مات وعليه دين، وأوصى بثلث ماله، أو بدراهم مسمّاة لرجل، وأخذا الموصى له، ثم جاء الغريم، والورثة شهود أو غُيّب، وقدم الموصى له إلى القاضى، فالوصى لا يكون له خصمًا له، وأشار إلى أن الوصية متى حصلت بقدر الثلث، فالموصى له لا يعتبر بالوارث، فإذا حصلت الوصية بما زاد على الثلث، وصحت الوصية، بأن لم يكن له ثمّة وارث؛ فالموصى له خصم الغريم فى هذه الحالة، ويعتبر الموصى له فى هذه الحالة بالوارث؛ لأن استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث، والوارث ينتصب خصمًا للغريم، ففى حق الموصى له يجب أن يكون الجواب كذلك، وصاحب "الأقضية" ذكر الموصى له مطلقًا من غير فصل بينما إذا كان موصى له بالثلث، أو بالزيادة على الثلث، فيحمل أن يكون المراد منه ما إذا كان موصى له بالزيادة على الثلث.

ثم إذا أقام بينة على بعض هؤلاء أن الميت قد أوصى إليه، وأنه قد قبل وصايته، نظر فيه القاضى، فإن كان عدلا مرضى السيرة، مهتديًا فى التجارة، جعله القاضى وصيًا، وقضى بوصايته، وإن عرفه بالفسق والمجانة، لا يمضى إيصاءه، وإن عرف منه ضعف رأى، وقلة هداية فى التصرف يمضى وصايته، ولكن يضم إليه أمينًا مهتديًا فى التجارة، حتى يتظاهر فى التجارة، فلا يتلف مال الصبى.

وإن لم يظهر منه فسق، ولم يعرف بذلك، لكن يتهم به، فالقاضى يشده بمشرف،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: أن يرفع وكان فى م: أن يرتفع.

أو يضم إليه وصيًا آخر، حتى لا يتفرد أحدهما بالتصرف، فيظهر النظر لليتيم، ثم إذا ثبت وصايته بالبينة.

١٤٧٧٨- وفى كتاب الوصاية : إذا أقر الميت بالديون، وأوصى بأنواع البرّ، وحضر غريم، وقضى له بحقه، ثم حضر آخر، هل يقضى له بتلك البينة؟ قال أبو حنيفة رحمه الله : لايقضى، وقال أبو يوسف رحمه الله : يقضى، ولم يذكر قول محمد رحمه الله فى الكتاب، فأما فى الوصايا بأنواع البر تكتفى بهذه البينة بالإجماع، وقال أبو يوسف رحمه الله : أقيس[١]، هذا على الوصية بأنواع البر[٢]، ووجهه أن ثمّة إنما اكتفى بتلك الوصية؛ لأن الوصى انتصب خصمًا فى إثبات كتاب الوصية، فإذا ثبت ذلك يثبت[٣] جميع ما فى الكتاب، وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول : بأن الغريم الآخر لم يكن حاضرًا وقت إثبات كتاب الوصية، ولا حضر نائبه، فلا يصح ذلك، أما ههنا بخلافه.

١٤٧٧٩- قال فى "كتاب الأقضية" : ولو أن رجلا حضر عند القاضى، وادّعى أن أخاه فلان ابن فلان مات، وترك من الورثة أباه فلان ابن فلان وأمه فلانة بنت فلان، ومن البنين فلانًا وفلانًا، ومن البنات فلانة وفلانة، وامرأته فلانة بنت فلان، لا وارث له غيرهم، وأنه أوصى إلىَّ فى صحة عقله، وجواز أموره فى جميع تركته، وإنى قبلت منه هذه الوصية، وتوليت القيام بذلك، وأنه كان لأخى هذا على هذا الرجل الذى حضر كذا من الدين، وأن أخى هذا مات قبل قبضه شيئًا من هذا الدين، وأن على هذا الذى حضر قضاء هذا الدين إلىّ لأصرفه[٤] إلى ورثته، وإلى ما أمر به، فالقاضى يسمع دعواه، ويسأل الخصم أولا عن الموت؛ لأنه لايصير وصيًا قبل الموت، فإن أقر بالموت، توجهت عليه المطالبة من جهة الوصى؛ لأن حق المطالبة كان ثابتًا للميت، وبالموت يحول إلى الوصى، ثم يسأله عن الدين؛ لأنه إنما يصير خصمًا له فى إثبات الوصاية؛ لكونه غريم الميت، فإن أقر بالدين حينئذٍ سأله عن الوصاية، فإن أقر بها أيضًا لا يؤمر

---

(١) هكذا فى ظ وكان فى الأصل وم : ليس.

(٢) وفى م : بأنواع الرد.

(٣) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم : ينتصب جمع ما فى الكتاب.

(٤) وفى م : إلا صرفه.

بدفع المال إليه حتى تثبت وصايته بالبينة .

١٤٧٨٠- وذكر الخصّاف رحمه الله فى "أدب القاضى" : رجل ادّعى أن فلانًا مات، وأنه كان أوصى إليه بقبض دينه الذى له على هذا الرجل، والعين الذى فى يديه، وصدّقه المدعى عليه فى جميع ذلك، أمر بتسليم الدين والعين إليه، وفرّق بين الوصى والوكيل على ظاهر الرواية، والفرق أن للقاضى ولاية نصب الوصى عن الميت، وأمر المديون، والمودع بقضاء الدين، وتسليم الوديعة إليه من غير إقرارهما، فلا يكون الأمر بالتسليم فى هذه الصورة بحكم إقرارهما ليقال : بأن إقراره فى حق العين صادف ملك الغير، أما ليس للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب، وأمر المودع والمديون بقضاء الدين، وتسليم الوديعة إليه، فكان الأمر بالتسليم بحكم إقرار المدعى عليه، وإقراره فى حق العين صادف ملك الغير، فلهذا افترقا .

وفى "الجامع الكبير" : أن على قول محمد رحمه الله أولا يؤمر المدعى عليه بتسليم الدين إلى الوصى دون العين، كما فى الوكالة، ثم رجع، وقال : لا يؤمر بتسليم الدين إليه، ولا بتسليم العين، فما ذكر فى "الأقضية" يوافق قول محمد رحمه الله آخرًا على ما ذكر فى "الجامع"، فعلى هذا القول يحتاج إلى الفرق بين الوكالة وبين الوصاية فى الدين .

والفرق وهو أن الوصاية لا تثبت إلا بعد موت الموصى، فلو قضينا بإقراره، وأمرنا بتسليم الدين إليه، فقد حكمنا بموت الموصى، ويتعلق بالموت أحكام متعدية إلى الميت من عتق أمهات أولاده وغير ذلك، فيؤدى إلى إثبات تلك الأحكام، وإقرار رجوع الموكل على المديون إذا حضر، وجحد الوكالة، وهذا الحكم غير ثابت، فإن صاحب الدين إذا حضر، وجحد الوكالة، كان له أن يرجع على المديون، فالعمل بإقراره لا يؤدى إلى إثبات أحكام متعدية إلى الغير، فلهذا افترقا .

١٤٧٨١- ولو كان الغريم أقر بالموت، وأنكر الوصاية والمال، كلّف المدعى إقامة البينة على الوصاية أولا؛ لأن دعوى المال إنما يسمع من الخصم، وإنما ينتصب هذا المدعى خصمًا بإثبات الوصاية، فإذا ثبت الوصاية بالبينة، حينئذٍ يقيم البينة على المال، وكذلك إذا أنكر جميع ذلك، كلّف الوصى إقامة البينة على الوصاية والموت جميعًا،

فينتصب خصمًا، فإذا أقامها حينئذٍ يسمع البينة منه على المال، ولو أقام البينة أولا على المال، ثم أقام البينة على الوصاية، لا تقبل بينته على المال لما مر، ويؤمر بإعادتها؛ لأنها قامت من غير خصم؛ لأنه لم يثبت كونه خصمًا فى تلك الحالة.

وإن كان الشهود على الوصاية والموت فريقًا واحدًا، فأقام بينة على ذلك كله جملة، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقبل بينته على المال، ويؤمر بإعادتها، وقال أبو يوسف رحمه الله: تقبل بينته عليهما، ولا يؤمر بالإعادة، ولكن إذا آل الأمر إلى القضاء، فالقاضى يقضى بالوصاية أولا، ثم بالمال، هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله.

وفى موضع آخر: إن القاضى لا يقبل البينة على المال عند أبى حنيفة رحمه الله، وعند محمد تقبل، قال ثمّة: وقول أبى يوسف مضطرب على نحو ما ذكرنا فى الوصاية.

وإن أقر بالوصاية والموت، فأنكر المال، ولم يكن للمدعى بينة، فطلب من القاضى أن يحلفه على المال، أجابه القاضى إليه، ، وإن أقر بالمال والموت، وأنكر الوصاية، كان للقاضى أن ينصب وصيّا، ولو لم ينصب ليس له أن يستحلفه؛ لأنه لم يصر خصمًا بعد، وإن أقر بالوصاية والمال، وأنكر الموت، هل يستحلف عليه؟ فالجواب فيه نظير الجواب فى الوارث قبل هذا.

١٤٧٨٢- ولو كان المدعى عليه أقر بالمال، وأنكر الوصاية والموت، وأقام المدعى البينة عليهما، وقضى القاضى بالوصاية وبالموت بالشرائط التى ذكرنا، وأراد أن يكتب بذلك كتابًا يكتب: هذا كتاب أشهد عليه القاضى فلان ابن فلان إلى قوله: حضرنى فى يوم كذا من شهر كذا، فى سنة كذا فلان ابن فلان، وثبت معرفته عنده باسمه ونسبه ووجهه، وذكروا حضر معه فلانًا أثبت معرفة المدعى[1] بالاسم والنسب، أو لم يثبت[2] معرفة المدعى عليه بالاسم والنسب؛ لأن المدعى عليه حاضر مشار إليه يلزمه ما أقر به، ثم يكتب: فذكر المدعى هذا الذى حضر أن أخاه فلان ابن فلان ينسبه إلى أبيه وجده عند أبى حنيفة رحمه الله توفى وترك من الورثة أباه فلانًا، وأمه فلانة، ومن البنين فلانًا

---

(١) لعله: المدعى عليه.

(٢) وكان فى الأصل: إذا لم يثبت وفى م: ولم يثبت.

وفلانًا، ومن البنات فلانة وفلانة لا وارث غيرهم، إنما يذكر الورثة؛ لأن التركة بعد الموت صارت حقًا وملكًا للورثة، فهو يدعى دينًا على غيره لهم، فلا بد من بيان مستحقه.

ثم ذكر أنه أوصى إليه فى صحة عقله[1]، وجواز أمره لا بد من ذكر صحة العقل، وجواز الأمر؛ لأن الإيصاء تصرّف قولى، والتصرفات القولية لا تتحقق إلا ممن له عقل، ولايعتبر شرعًا إلا ممن هو جائز الأمر.

فأما ذكر صحة البدن غير محتاج إليه؛ لأن الإيصاء يصح فى المرض، كما يصح فى الصحة، ثم ذكر فى جميع تركته، وما تخلف بعده من قليل وكثير إنما قال فى جميع تركته احترازًا عن قول محمد رحمه الله، فإن عنده الوصاية تقبل التخصيص.

ثم ذكر: وقبل وصيته إليه، وتولّى القيام بذلك؛ لأن الوصاية تمامها بالقبول، فلا بد من القبول ليعلم أنها تمّت.

ثم ذكر: وإن لأخيه فلان الميت على فلان ابن فلان هذا الذى أحضر معه كذا درهمًا وزن سبعة حالا، إنما يذكر حلول الدين؛ لأنه إنما ينتصب خصمًا باعتبار حق المطالبة إياه، وذلك إذا كان الدين حالا، أما إذا كان مؤجلا لا يثبت له حق المطالبة، فلا تسمع دعواه، ولابينة على الوصاية.

ثم ذكر: وأن له البينة على ما ادّعى، ولم يبدأ بجواب المدعى عليه؛ لأنه وإن أقر بالوصاية، فإنها لا تثبت بإقراره على رواية "كتاب الأقضية"، وهو قول محمد رحمه الله حتى لا يبرأ عن الدين بالدفع إليه؛ ولأن الجواب إنما يستحق بعد دعوى الخصم، وإنما يعرف كونه خصمًا بإثبات الوصاية.

ثم ذكروا: وأحضر من الشهود رجلين، فشهدوا أن فلان ابن فلان أخا فلان ابن فلان الوصى حضر، وقد عرفاه معرفة قديمة باسمه ونسبه ووجهه، إنما ذكر المعرفة ليعلم أنهم إنما شهدوا لمعلوم معروف عندهم، فالقضاء بالدين والوصاية تقع للميت، فلا بد من معرفتهم ليمكنهم الشهادة بذلك الاسم والنسب بعد الموت.

ثم ذكر: وتوفى وترك من الورثة أباه فلان ابن فلان، وأمه فلانة بنت فلان،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: عقله وبدنه.

وابنتين يقال لهما : فلانة وفلانة ، وابنين يقال لهما : فلان وفلان ، وامرأة اسمها فلانة بنت فلان ، ولم تحضر ، ولا يعرفان له وارثًا غيرهم ، فعرف القاضى هذين الشاهدين بالعدالة والرضاء ، فقبل شهادتهما فيما شهدا به ، وشهد أحد هذين الشاهدين ، وشهد آخر ، فشهدا جميعًا أن فلان ابن فلان أشهدهم فى صحة عقله وبدنه ، وجواز أمره أنه جعل أخاه فلان ابن فلان الذى حضر ، وهو حاضر فى مجلس الإشهاد وصيه بعد وفاته فى جميع ما يخلف[1] ، فقبل فلان الذى حضر وصيته إليه ، وإنما ذكر وصيته بعد وفاته ، و إن كان ينصرف مطلق لفظ الإيصاء إلى ما بعد الموت ، ولكن لو قيّده بحال حياته ، بأن قال : أنت وصيّى فى حياتى ، كان توكيلا ، فذكر بعد وفاته ليعلم أنه لم يُرد به التوكيل ، بل أراد به كونه وصيًا بعد الموت .

ثم ذكر : فعرف هذا القاضى هذين الشاهدين بالعدالة والرضاء فى الشهادة ، وإنما قيّد فى الشهادة لأن يجوز أن يكون مرضيًا ، ولا تقبل شهادته لمكان غفلته .

قال الحسن البصرى رحمه الله : من الناس من أرجو شفاعته ، ولا أقبل شهادته ، ثم ذكر فسأل القاضى فلان ابن فلان ، يعنى المدعى عليه عما ادّعى عليه فلان ابن فلان لأخيه فلان من الدراهم الموصوفة فيه .

أما سؤال المدعى عليه عما ادعى عليه فلان ؛ لأنه لما ثبت الوصاية وثبت موت الموصى بهاتين الشهادتين توجهت الخصومة عليه ؛ لأنه ظهر أن الدعوى صدر عن الخصم ، فيلزمه الجواب ، فيسأله عن ذلك ، وأما لأخيه ؛ لأنه قد ثبت الموت والوصاية ، وعدة ورثته بهاتين الشهادتين ، فلا حاجة إلى السؤال عن ذلك إنما الحاجة إلى السؤال عن الدين الذى يطالب بها المدعى ، وإنما يطالب لأجل الميت ، فلهذا قال : لأخيه فلان ابن فلان .

ثم ذكر : فأقر عنده ، يعنى المدعى عليه أن لفلان ابن فلان أخى هذا الذى حضر عليه كذا وكذا درهما وزن سبعة نفذ كذا حالة ، فيسأل فلان الذى حضر ، يعنى المدعى القاضى إنفاذ القضاء بما ثبت عنده من وفاة أخيه وعدّة ورثته ووصيته إليه ، وإلزام فلان يعنى المدعى عليه ما أقر به عنده لفلان ابن فلان من الدراهم الموصوفة فيه ، والقضاء

---

(١) وفى الأصل وم : يحلف .

بذلك كله عليه، ويأمره بدفعها إليه، فإنه[1] خصم، وثبت وصايته بالبينة، وصار القضاء بالمال مستحقا عليه، إلا أن القاضى إنما يقضى ويلزم المدعى عليه ما أقر به عنده بطلب الخصم، فذكر سؤال المدعى لهذا.

ثم ذكر: وأنفذ القاضى فلان ابن فلان القضاء بوفاة فلان أخى هذا المدعى الذى حضر وعدد ورثته فلان يكتب جميعهم، ثم يكتب على ما اجتمع عليه الشاهدان اللذان شهدا بذلك عنده فى شهادتهم، وأنفذ القاضى فلان ابن فلان أيضًا إنفاذ القضاء بوصية فلان ابن فلان إلى أخيه فلان فى جميع تركته، وقبوله هذه الوصاية بما اجتمع عليه الشاهدان اللذان شهدا بذلك عنده فى شهادتهم، وهذا لأن شهود الوصاية لما كان غير شهود الوفاة، وعدة الورثة والقضاء بناء على الشهادة، يذكر القاضى القضاء بما اجتمع عليه كل فريق على حدة يعلم أن القضاء واقع بأى شهادة.

ثم قال: وذلك بعد أن انتهت إليه عدالته وأمانته، وأنه موضع لذلك؛ لأن القاضى لو عرف فسقه أو خيانته[2]، لا يقضى بوصايته، فيذكر ذلك ليعلم أن قضاءه وقع فى محله.

ثم ذكروا: أنه أمره أن يقوم فى جميع تركة أخيه فلان ابن فلان مقام الوصى فيما يجب فى ذلك لله عليه، وألزم القاضى فلان ابن فلان الذى حضر يعنى المدعى عليه ما أقر به عنده لفلان ابن فلان من الدراهم الموصوفة فيه، وقضى بذلك كله عليه، وأمره بدفعها إلى فلان ابن فلان الذى حضر وصى أخيه فلان، وهذا لأن المال قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت فيكون الدين للميت أضاف الدين إليه، ولكن إذا آل الأمر بالدفع، يأمر القاضى بدفعها إلى الوصى؛ لأنه قائم مقام الميت فى قبض حقوقه.

ثم يذكر: وأنفذ ذلك كله، وقضى به على ما سمّى، ووصف فى هذا الكتاب بمحضر من فلان وفلان يومئذٍ قاضى عبد الله فلان أمير المؤمنين على مدينة كذا.

ثم يكتب فى مجلس قضاءه بين الناس فى مدينة كذا، إنما ذكر ذلك؛ لأن الشهادة على الحكم إنما تصح من القاضى، والقضاء لا ينفذ إلا بنفاذ أمر القاضى، فشرط أن

---

(١) هكذا فى ظ، وفى م: وإنما وفى الأصل: وإنها.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: وجنايته.

يذكر أنه قاضٍ يوم الحكم؛ ليعلم أن القضاء وقع صحيحًا، ثم يكتب التاريخ -والله أعلم-.

وليس للقاضى ولاية نصب الأوصياء، ولا ولاية نصب قيّم الأوقاف إذا لم يكن فى منشوره ذلك.

١٤٧٨٣- إذا قال القاضى رجل: جعلتك وكيلا فى تركة فلان، فهو وكل بالحفظ خاصة إلا أن يكون به ما يدل على الوكالة، بأن يقول: تبيع وتشترى، فحينئذٍ يكون وكيلا تامّا.

ولو قال: جعلتك وصيّا فى تركة فلان، فهو وصى تامّ، وهذا لأن القاضى بمنزلة المالك، ولو قال المالك لرجل: أنت وكيل فى مالى، فهو وكيل بالحفظ، ولو قال: أنت وصىّ فى مالى، فهو وصى تامّ له بعد الموت، فكذا إذا قال القاضى: ذلك.

١٤٧٨٤- القاضى إذا خرج إلى القرية، ونصب قيّما فى أمور الصبى، أو فى وقف، أو فى نكاح أيتام، حكى فتوى ظهير الدين رحمه الله أنه يجوز؛ لأنه ليس بقضاء، ولا هو ممن عمل القضاء، فلا يشترط له المصر، وأنه مشكل عندنا؛ لأن القاضى إنما يفعل ذلك بولاية القضاء، ألا ترى أنه لو لم يؤذن له فى ذلك، لا يملك، فكان من جملة القضاء -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثاني والثلاثون
في القضاء على الغائب، والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضى عليه وقيام بعض أهل الحق[1]عن البعض في إقامة البينة

١٤٧٨٥- قال: القضاء على الغائب، وللغائب لا يجوز، إلا إذا كان عنه خصم حاضر، إما قصدي وذلك بتوكيل الغائب إياه، وإما حكمي، وذلك بأن يكون المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة، أو شرطًا له على ما ذكره فخر الإسلام رحمه الله، وعند عامة المشايخ أن يكون المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة، وإليه أشار محمد رحمه الله في الكتب في مواضع، وقد ذكرنا هذا الأصل بتمامه في كتاب النكاح من الفتاوى.

وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وافقوا فخر الإسلام رحمه الله في إثبات الحاضر خصمًا عن الغائب إذا كان المدعى على الغائب شرطًا لثبوت المدعى على الحاضر، وبه كان يفتي شمس الإسلام[2] محمود الأوزجندي رحمه الله، حكى عنه ظهير الدين المرغيناني رحمه الله.

١٤٧٨٦- وذكر في طلاق "الجامع الأصغر": رجل قال لامرأته: إن طلّق فلان امرأته، فأنت طالق، ثم إن امرأة الحالف ادعت على الحالف أن فلانًا طلّق امرأته، وفلان غائب، وأقامت البينة، لا تقبل بينتها هذه، ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها، وقد أفتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة، وبوقوع الطلاق.

فإن قيل: أليس أنه لو قال لامرأته: إن دخل فلان الدار فأنت طالق، ثم إن المرأة أقامت البينة أن فلانًا دخل الدار، وفلان غائب تقبل هذه البينة، ويحكم بوقوع الطلاق عليها؟

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: غير البعض.

(٢) وفي م: الأئمة.

قلنا: ذلك ليس بقضاء على الغائب إذ ليس فيه إبطال حق على الغائب، بخلاف مسألة "الجامع الأصغر"؛ لأن ذلك قضاء على الغائب، لأن فيه إبطال نكاح الغائب.

والحاصل: إن الإنسان إذا أقام البينة على شرط حقه بإثبات فعل على الغائب، فإن لم يكن فيه إبطال حق الغائب، تقبل هذه البينة، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وإن كان فيه إبطال حق الغائب، أفتى بعض المستأخرين أنه تقبل البينة، ويقضى على الحاضر والغائب جميعًا، والأصح أنه لا تقبل هذه البينة، ولا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني رحمه الله.

ومسألة "الجامع الأصغر" تدل على صحة هذا القول، وما يفعله الوكلاء على باب القضاة اليوم من إثبات البيع أو الوقف أو الطلاق على الغائب يجعله شرطًا لوكالة الحاضر.

وصورته: أن يقول زيد مثلا لجعفر: إن كان عمر مثلا باع داره، أو طلّق امرأته، أو وقف ضياعه على سبيل كذا، فأنت وكيلي في إثبات حقوقي على الناس، والخصومة فيها، وقبضها، ثم إن جعفر أحضر رجلا لزيد عليه مال، ويدعي أن زيدًا قد وكّله بقبض حقوقه على الناس، وإثباتها، والخصومة فيها وكالة معلقة بشرط كاين، وهو بيع عمر، وضياعه من فلانها، أو طلاق عمر وامرأته، وإن عمر قد كان باع ضياعه، أو طلّق امرأته قبل توكيل زيد إياي، وقد صرت وكيلا من زيد بالخصومة في حقوقها وقبضها، وأن لزيد عليك كذا وكذا، فيقول المدعى عليه: نعم، إن زيدا قد وكّلك على الوجه الذي قلت، إلا أني لا أعلم أن هذا الشرط هل كان، وهل صرت أنت وكيلا، فيقيم جعفر البينة على بيع عمر داره أو على طلاقه امرأته، فيقضي القاضي بالبيع على عمر، وبوكالة الحاضر، فهذا فتوى بعض المتأخرين.

١٤٧٨٧- وذكر في كتاب الحوالة والكفالة: إذا كفل رجل عن رجل بألف درهم، وغاب المكفول عنه، فادّعى الكفيل على الطالب أن الألف التي كفلت بها دين فلان من ثمن الخمر، وقال الطالب: لا، بل كان من ثمن عبد، فالقول قول الطالب، فإذا أراد الكفيل أن يقيم بينة على الطالب بذلك، لا تقبل بينته، ولا ينتصب الطالب خصمًا له في ذلك، بخلاف ما لو كان المطلوب حاضرًا، وأقام البينة على الطالب على

أن الألف التى تدعى عليّ من ثمن خمر حيث تقبل بينته؛ لأن المطلوب عاقد، فإن المداينة جرت بين الطالب والمطلوب، وأحد المتعاقدين إذا ادّعى فساد العقد، وأنكر صاحبه، كان له الإثبات على صاحبه بالبينة، وأما الكفيل أجنبى عن العقد الذى جرى بين الطالب والمطلوب.

١٤٧٨٨- والأجنبى إذا ادّعى فساد عقد الغير، وأراد إثباته بالبينة، لا تسمع منه؛ لأنه ليس يدعى لنفسه حقًا بدعوى هذا الفساد [لا يصير حط من غير العقد العير](١) فيصير خصمًا، فتقبل بينته على دعوى الفساد، فأما الكفيل بدعوى الفساد يدعى(٢) لنفسه حقًا، وهو براءة نفسه، عن ضمان الكفالة، فإنه يقول: الألف التى كفلت بها عن الأصيل كان من ثمن خمر، وثمن الخمر لا يصير دينًا للمسلم على المسلم، ومتى لم يكن الدين واجبًا على الأصيل، لاتصح الكفالة، فالكفيل بما يدعى من فساد عقد الغير يدعى براءة نفسه عن الكفالة، فكان دعوى الفساد سببًا لثبوت ما يدعيه على الطالب من براءته عن ضمان الكفالة(٣).

١٤٧٨٩- والأصل أن من ادّعى حقًا على حاضر بسبب على الغائب، فإنه ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، ويقوم إنكار الحاضر مقام إنكار الغائب، كما لو ادّعى عينًا فى يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب، وأنكر ذو اليد، وأقام البينة على الشراء، والملك للغائب، فإنه تقبل بينته، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى إثبات الشراء حتى لو حضر الغائب، وأنكر الشراء، لا يكلف إقامة البينة؛ لأنه ادعى حقًا على الحاضر، وهو استحقاق يده بسبب ادّعاه على الغائب إذا كان ما يدعى من سبب حقه على الغائب دعوى على الغائب، فأما إذا ما يدعى من سبب حقه(٤)، فإن الحاضر الذى كان قائمًا مقام الغائب من كل وجه، فأما ما كان يدعى من سبب حقه دعوى على الغائب يمكن الإثبات بإنكار الغائب متى حضر، فأمكنه(٥) الإثبات بإنكار الذى قام

---

(١) هكذا فى جميع النسخ، ولكن العبارة غير مربوطة.

(٢) هكذا فى جميع النسخ، ولكن المناسب: وإن كان يدعى لنفسه.

(٣) عن ضمان الكفالة إلا أنه يدعى حقا للغائب لا على الغائب.

(٤) من سبب حقه دعوا لغائب من كل وجه.

(٥) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: فأمثله.

مقامه.

والدليل على الأصل الأول مسألة الشراء، فإن الحاضر انتصب خصمًا فى دعوى الشراء عن الغائب؛ لأن الشراء من الغائب سبب لثبوت حقه على الحاضر، وأنه دعوى على الغائب؛ لأنه بالشراء يدعى عليه الاستحقاق، ويمكنه الإثبات على الغائب بإنكاره حتى حضر، فكذا بإنكار ذى اليد الذى قام مقامه، والدليل على الأصل الثانى ما قالوا: فيمن اشترى عبدًا من إنسان شراء فاسدًا، فجاء البائع يريد أن يسترده من المشترى، فقال المشترى: أقررت به لفلان الغائب، وانقطع حقك فى الاسترداد، وأنكر البائع ذلك، فأراد إقامة البينة على إقراره للغائب، لم تسمع بينته، ولا ينتصب الحاضر، وهو البائع خصمًا عن الغائب؛ لأنه ما يدعى من سبب الحق، وهو الإقرار للغائب من كل وجه لا عليه بوجه ما، ولهذا لايمكنه إثبات ما ادعى على الغائب متى أنكر حضر، وأنكر بالبينة، وإن كان لو ثبت ذلك للغائب، كان سببًا لثبوت ما يدعى من الحق على الحاضر، وهو انقطاع حقه فى الاسترداد.

إذا ثبت هذا فنقول: ما يدعى الكفيل من فساد العقد الذى بين الطالب والمطلوب، وإن كان سببًا لثبوت ما يدعيه على الطالب من براءته عن ضمان الكفالة، إلا أنه ليس بدعوى على الغائب، بل له فإنه يقرّ له ببراءته عن الثمن[1]، وأنه دعوى له من كل وجه، ألا ترى أنه لو حضر المطلوب، وأنكر أن يكون عليه من ثمن خمر، وإنما كان من ثمن عبد لا يمكن للكفيل إثبات ذلك عليه بالبينة، وإذا لم يمكنه إثبات ما ادّعى من سبب الحق على الغائب لو حضر وأنكر، فبإنكار الطالب الذى يقوم إنكاره مقام إنكاره أولى، وإذا لم يصح دعوى الكفيل؛ لأن الطالب لم ينتصب خصمًا له، فصار دعوى الكفيل فساد العقد، ودعوى أجنبى آخر سواء.

١٤٧٩٠- قال فى "الأقضية": وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل ادّعى عليه رجل ألف درهم لنفسه، ولغائب من ثمن عبد أو ثوب، فادعاه وأقام البينة، قال أبو حنيفة رضى الله عنه: يقضى بنصيب الحاضر دون الغائب، حتى لو حضر الغائب، كلّف إعادة البينة.

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: اليمين.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يقضى بنصيب الحاضر والغائب جميعًا، حتى لا يحتاج الغائب إلى إعادة البيّنة إذا حضر، قال صاحب "شرح الأقضية": وذكر بعد هذا ما يدل على رجوع أبى يوسف إلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى الظاهر، وعلى ما عليه عامة الروايات مع أبى حنيفة رحمه الله، وذكر فى "المنتقى" قول محمد مع أبى يوسف.

قال فى "المنتقى": وإن كان الألف ميراثًا بينه وبين الغائب، لا يكلف الغائب إعادة البينة إذا حضر بلا خلاف، قال فى "المنتقى": والحاصل أن الدين إذا كان مشتركًا بين رجلين لا بجهة الوراثة، بل بجهة أخرى، وأحد الشريكين لا ينتصب خصمًا عن الآخر عند أبى حنيفة رحمه الله، وإن كان مشتركًا بجهة الإرث ينتصب خصمًا، وعند أبى يوسف رحمه الله ينتصب خصمًا على كل حال.

قال محمد رحمه الله فى "المنتقى": ما قاله أبو حنيفة: قياس، وما قاله أبو يوسف: استحسان، ومحمد رحمه الله أخذ بالاستحسان كأبى يوسف، وجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على ما ذكر فى "المنتقى": إن الحاضر لا يتمكن من إثبات حقه إلا بإثبات حق الغائب؛ لأن البينة قامت على إثبات دين مشترك بينه وبين الغائب، ولا يتمكن من إثبات حقه فى ذلك الدين إلا بإثبات حق الغائب فيه؛ ليكون الدين مشتركًا، وفى مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

ولأبى حنيفة رضى الله عنه: أن البينة إنما تقبل على الخصم من الخصم، وهنا لا خصم فى حق نصيب الغائب؛ لأن الخصم على طريق الأصالة من الغائب لم يوجد، وأما بطريق النيابة فكذلك؛ لأنه لم يوجد الإنابة من جهته، ولا ينتصب خصمًا باعتبار اتصال حقه بحق الغائب؛ لأن حقه يمتاز عن حق الغائب فى الجملة، فلم يكن من ضرورة الحكم له الحكم للغائب، فيقتصر القضاء له.

١٤٧٩١- ثم على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على ما ذكر فى "المنتقى": إذا حضر الغائب، وصدّق الحاضر فيما ادّعى كان بالخيار، إن شاء شارك المدعى فيما قبض، ثم يتبعان المطلوب، وإن شاء اتبع المطلوب، ويأخذ منه نصيبه، وإن لم يحضر الغائب حتى رجع الشاهدان عن شهادتهما، فإن على قول أبى حنيفة

رضى الله عنه: يبطل حق الغائب، ولا يقضى له بشيء؛ لأن القضاء لم ينفذ فى حق الغائب برجوع الشاهدين قبل القضاء؛ لأن رجوع الشاهدين قبل القضاء يمنع القضاء، ولا يعمل هذا الرجوع فى حق الحاضر؛ لأنه بعد تمام القضاء له، ثم يشارك الغائب إذا حضر الحاضر فيما قبض؛ لأنهما تصادقا على الشركة بينهما، وأحد الشريكين إذا قبض نصيبه من الدين المشترك، كان للآخر حق المشاركة معه، ثم إذا شاركه، فالحاضر لا يرجع على المطلوب بشيء؛ لأن حق المشاركة إنما ثبت بإقرار الحاضر، وأنه ليس بحجة فى حق المطلوب.

قال فى "إملاء بشر بن الوليد": قال أبو يوسف رحمه الله: إذا صار الشاهدان بحال لايجوز القضاء بشهادتهما، بأن عمى أو خرس قبل قدوم الغائب، ثم قدم الغائب، لم يقض له بشيء، وهذا يدل على رجوع أبى يوسف إلى قول أبى حنيفة؛ لأنه لو نفّذ القضاء له قبل حضرته، لم يبطل باعتراض هذه العوارض فى الشهود.

١٤٧٩٢- وإذا ادّعى رجل أنى وفلان الغائب اشترينا هذه الدار من هذا الرجل بألف درهم، ونقدنا له الثمن، وأقام البينة على ذلك، فعلى قياس قول أبى حنيفة رضى الله عنه: يقضى للحاضر بنصف الدار، فإذا قدم الغائب كلف إعادة البينة، وقال أبو يوسف رحمه الله: يقضى بالدار كلها للحاضر والغائب، ويدفع إلى الحاضر نصف الدار، ويوضع النصف الباقى على يدى رجل ثقة، قال أبو يوسف رحمه الله: ولا أقسمها حتى يحضر الغائب.

قال فى "المنتقى": فإن قدم الغائب، وجحد الشراء، بطل نصيبه من ذلك، وجاز نصيب الحاضر، وقال: هذا بلا خلاف، وذكر أصل المسألة فى "المنتقى": على الخلاف، وذكر هذه المسألة فى "المبسوط": وقال: تقبل هذه البينة فى حق الحاضر، ولا تقبل فى حق الغائب، ولم يذكر فيها خلافًا، وذكر الخصاف المسألة على الخلاف على حسب ما ذكر[1] فى "المنتقى"، وذكر بأن على قول أبى يوسف رحمه الله ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه، بعض مشايخنا قالوا: هذا إذا وصل الثمن إلى البائع، كما هو موضوع المسألة، فإن موضوع المسألة أنا المدعى، قال: ونقدنا الثمن له، أما إذا لم

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: ما ذكرنا.

يصل لا ينزع؛ لأنه لو كان حاضراً، وأراد قبض نصيبه قبل إعطاء الثمن، لم يكن له ذلك، فحال غيبته أولى.

وبعضهم قالوا: نقد الثمن يحتاج إليه للدفع إلى المشترى، ونحن لا ندفعه إلى المشترى، بل نضعه على يدى العدل، ويد العدل فى الحبس نظير يد البائع، كما أن يد العدل فى الرهن نظير يد المرتهن فى الحبس.

١٤٧٩٣- قال فى "كتاب الأقضية": وإذا ادّعى رجل على رجل أنه كان لأبى على هذا الرجل ألف درهم، وقد مات أبى قبل استيفاء شىء منها، وترك من الورثة أنا وابنا آخر، وهو غائب، وأقام البينة، وطلب نصيبه منه، فالقاضى يقضى بنصيب الحاضر والغائب، حتى إذا حضر الغائب، لا يكلف إعادة البينة، ولم يحك خلافًا.

١٤٧٩٤- وذكر فى ديات "المبسوط": أن أحد الورثة إذا أقام البينة على القصاص على رجل، يثبت ذلك فى حق جميع الورثة، حتى لا يكلف بقية الورثة إقامة البينة إذا حضروا عند أبى يوسف ومحمد، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يثبت حق الحاضر بهذه البينة، ولا يثبت حق الغائب، حتى يكلف الغائب إذا حضر إعادة البينة.

١٤٧٩٥- وذكر فى دعوى "المبسوط": دار فى يدى رجل أقام رجل البينة أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثًا له، ولأخيه فلان لا وارث له غيرهما، وأخوه غائب، فإن القاضى يقضى بحصة الحاضر، وينزع نصيبه من يده، ويسلمه إليه، وأما نصيب الغائب، فيترك فى يد ذى اليد حتى يحضر الغائب فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كان صاحب اليد منكراً، كما هو موضوع المسألة حتى احتيج إلى إقامة البينة، يخرج نصيب الغائب من يده، ويضعه على يدى عدل.

وإن كان مقرّا بترك نصيب الغائب فى يده، قالا: وهذا استحسان، فإن ترك نصيب الغائب فى يدى ذى اليد، ثم حضر الغائب، هل يكلّف إعادة البينة؟ لم يذكر محمد هذا الفصل فى كتاب الدعوى، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه على قول أبى حنيفة رحمه الله، منهم من قال: يكلفه إعادة البينة، كما فى مسألة القصاص، ومنهم من قال: لا يكلفه إعادة البينة، وجعل هذه المسألة على الوفاق، وهو الصحيح.

وقيل : مسألة دعوى الدين بالإرث يحتمل أن يكون على الاختلاف أيضًا ، كمسألة القصاص ، وصاحب "الأقضية" ذكرها مطلقة من غير خلاف ، ولكن هذا ليس بصحيح ، فقد حكينا آنفًا من "المنتقى" : أنها على الوفاق ، فيحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين الدَين الموروث والقصاص الموروث ، ويحتاج أيضًا إلى الفرق بين الدين المشترك بجهة الإرث وبين الدين المشترك لا بجهة الإرث .

أما الفرق بين الدين الموروث وبين القصاص أن فى فصل الدين الوارث يثبت الدين لمورثه ؛ لأن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت ، على ما عرف فى موضعه ، فالدعوى تقع للمورث ، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فى جميع ما يدعى للميت ، أو ما يدعى عليه ، فثبت بدعواه وبينته جميع الدين للورثة ، فلا يحتاج الغائب إلى إعادة البينة ، ولأجل هذا المعنى قلنا : إن الصحيح فى مسألة الدار أن الغائب لا يكلف إعادة البينة على قول أبى حنيفة رحمه الله ، فأما فى فصل القصاص فالوارث لا يثبت القصاص للمورث ؛ لأن ملك القصاص ملك استيفاء ، فيستحيل ثبوته لمن لا يقدر على الاستيفاء ، وإنما يثبت القصاص للورثة ابتداء ، وأحد الورثة لا ينتصب خصمًا عن باقى الورثة فيما يثبت لهم ابتداء .

وأما الفرق بين الدين المشترك بجهة الإرث وبين الدين المشترك لا بجهة الإرث أن فى الدين المشترك بجهة الإرث الوارث يثبت الدين للمورث ، وهو خصم عن المورث فى جميع ما يثبته له ، فأما فى الدين المشترك لا بجهة الإرث ، يثبت الملك لهما ابتداء ، وأحد الشريكين ليس بخصم عن الآخر فى إثبات ذلك له .

١٤٧٩٦- ومن جنس هذه المسائل مسألة الهبة ، وصورتها : رجل ادعى على رجل أنه وهب له ، ولفلان الغائب هذا ، وسلّمها إليهما ، فإن كان الموهوب شيئًا لا يحتمل القسمة ، صحّت هذه الدعوى ، وقبلت بينته فى حق الحاضر دون الغائب عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، وعلى قول أبى يوسف : تقبل بينته فى حق الغائب أيضًا ، كما فى الشراء ، وإذا كان الموهوب شيئًا يحتمل القسمة ، بأن كانت دارًا ، لم تصح هذه الدعوى عند أبى حنيفة ؛ لأن عند هبة الدار من الرجلين فاسدة ، وعندهما هبة الدار من رجلين صحيحة ، فيصح هذه الدعوى .

١٤٧٩٧- ومن جنس هذا مسألة الرهن، وصورتها : رجل ادّعى على رجل أني وفلان الغائب ارتهنا من هذا الرجل الدار التي في يديه بدَين لهما عليه، ثم إنه استوفى غلتها، وأقام على ذلك بينة، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا تقبل هذه البينة؛ لأن عنده إنما تقبل البينة في نصيب الحاضر لا غير، وذلك متعذر ههنا؛ لأنه يصير رهن المشاع، ورهن المشاع لا يجوز، ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة فيه على السواء.

١٤٧٩٨- ومن هذا الجنس مسألة الوصية، وصورتها : رجل مات وأوصى بوصايا شتّى لأناس مختلفين في كتاب وصيته، فحضر واحد منهم، وقدم بعض الورثة، وأقام البينة على الوصية، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه : يقضى بنصيب الحاضر دون الغائب، وعلى قول أبي يوسف : يقضى بجميع الوصية، حتى إذا حضر الغائب، لا يكلف إعادة البينة ثانيًا.

١٤٧٩٩- ذكر في "كتاب الأقضية" عن أبي يوسف رحمه الله : لو أن رجلا ادّعى على رجلين مالا في صك، وأحدهما حاضر يجحد، والآخر غائب، وأقام على ذلك بينة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال : أقضي بالمال على الشاهد والغائب جميعًا.

قال الشيخ أبو بكر الرازي الكبير رحمه الله : هذا الجواب على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه لا يستقيم؛ لأن الحاضر لا ينتصب خصمًا عن الغائب عنده في جنس هذ المسائل.

قال المصنف : ورأيت في "المنتقى" عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال : أقضي على الحاضر بنصف المال، وقال أبو يوسف رحمه الله : أقضي على الحاضر والغائب بجميع المال.

واعلم بأن محمدًا رحمه الله ذكر هذه المسائل في "المبسوط"، وأجاب في الكل على نمط واحد أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه القضاء على الحاضر، وللحاضر يقتصر عليه، وصاحب "الأقضية" ذكر في بعض هذه المسائل : أن على قول أبي حنيفة رحمه الله : يقتصر القضاء على الحاضر، وذكر في بعضها أنه يتعدى القضاء إلى الغائب.

وتارة ذكر قول أبي يوسف رحمه الله مثل قول أبي حنيفة، وتارة ذكر قوله،

بخلاف قول أبى حنيفة، وتارة ذكر قول محمد مع قول أبى حنيفة، وتارة ذكر قول محمد مع أبى يوسف رحمهما الله، بخلاف قول أبى حنيفة، فكان عن أبى حنيفة رحمه الله منه روايتان فى الفصول كلها، وكذلك عن أبى يوسف روايتان، وكذلك عن محمد رحمه الله روايتان.

وأما الفرق فلا وجه له، قال: وكذلك لو كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه، أو كان الحاضر كفيلا عن الغائب، أو كان الأصل[1] على الحاضر، والغائب كفيل عنه، فهذا كله سواء، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، هكذا ذكر فى "الأقضية".

قال الشيخ أبو بكر الرازى رحمه الله: إن كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بأمره، فالجواب كما ذكر فى الكتاب، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب؛ لأن المال الذى يدّعيه على الكفيل عين ما ثبت على المكفول عنه؛ لأنه يثبت حق الرجوع بذلك، فيكون خصمًا عن الغائب فى إثبات الدين عليه، ألا ترى أن من ادّعى عبداً فى يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب، فإن الحاضر خصم عنه؛ لأن ما يدعيه على الغائب غير ما يدعيه على الحاضر، فكذلك ههنا، فتقبل بينته على الحاضر، ويقضى عليه بالألف، النصف عليه بالأصالة، والنصف بما على صاحبه، فأما إذا كان كل واحد منهما كفيلا لصاحبه بغير أمر صاحبه، فالحاضر لاينتصب خصمًا عن الغائب؛ لأن ما يدعى على الكفيل الحاضر ليس بسبب لما يدعى على الغائب، ألا ترى أنه لا يرجع به على الغائب، فلم ينتصب الحاضر خصمًا عنه.

وقوله: أو كان الأصل على الحاضر والغائب كفيل عنه، فيه نظر؛ لأنه يجوز أن يكون المال على الأصيل دون الكفيل، كما قبل الكفالة، بخلاف ما إذا كان الأصل على الغائب، والحاضر كفيل عنه؛ لأنه لا يجوز أن يكون المال على الكفيل دون الأصيل، فكان من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله عن هذا الجنس مسألة الكفالة، وصورتها: رجل باع عبداً من رجلين بألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن

---

(١) هكذا فى جميع النسخ، ولكن المناسب: الأصيل.

صاحبه، ثم إن البائع لقى أحد الرجلين، وأقام عليه البينة أن له على هذا، وعلى فلان الغائب ألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بأمره، فإنه يقضى له على الحاضر بألف درهم، فإن حضر الغائب لم يكن له أن يأخذه، إلا بخمس مائة، وهى الأصلية عليه يريد به أنه إذا حضر الغائب قبل أن يأخذ البائع من الحاضر شيئًا، لا يكون للبائع أن يأخذ الذى حضر إلا بخمس مائة، وهى الأصلية عليه؛ لأن القضاء على كفيله له بها قضاء عليه، والقضاء على المكفول عنه لا يكون قضاء على الكفيل.

١٤٨٠٠- ولو كان لرجل على رجل ألف درهم، وبها كفيل بأمر الطالب، والطالب لقى الأصيل قبل أن يلقى الكفيل، وأقام عليه بينة أن لى عليك ألفًا، وفلان كفيل بها بأمرك، فإنه يقضى عليه بألف درهم، ولا يكون هذا قضاء على الكفيل، حتى لو لقى الكفيل، ليس له أن يأخذ منه شيئًا قبل أن يعيد البينة عليه.

قال ابن سماعة رحمه الله: وقد يلزم الذى عليه الأصيل، ولا يلزم الكفيل، ألا ترى أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، أما لا يجوز أن يلزم الكفيل بحكم الكفالة، ولا يلزم الأصيل، ألا ترى أنه إذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل، وإذا لم يكن من ضرورة القضاء بالمال على الأصيل وجوبه على الكفيل، لا ينتصب الأصيل خصمًا عن الكفيل بحكم الكفالة عنه، وإذا كان من ضرورة وجوب المال على الكفيل بحكم الكفالة وجوبه على الأصيل، انتصب الكفيل خصمًا عن الأصيل.

١٤٨٠١- ولو ادّعى رجل على رجل أنك كفلت لى ولفلان الغائب عن رجل بألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، وأقام على ذلك بينة، وقضى له عليه بألف درهم، ثم حضر الغائب، فله أن يأخذ الغائب بجميع الألف؛ لأنه حين قضى بها على الحاضر قضى بها على أنه كفيل عن المطلوب وعن الكفيل، ألا ترى أنى لو لم أجعله كفيلا عن كل واحد منهما، لم يكن له إذا أدّى أن يرجع بها كلها على الذى عليه الأصيل.

١٤٨٠٢- وفى "نوادر بشر بن الوليد" عن أبى يوسف رحمه الله: فى رجل ادّعى شراء دار من نفر هى فى أيديهم، وبعضهم حضور وبعضهم غيب، والحاضر مقر للغائب بنصيبه جاحد للبيع، فأقام المدعى بينة على دعواه، فالقاضى لا يقضى إلا على

الحاضر فى حصته عند أبى حنيفة رضى الله عنه، وهو قول أبى يوسف أيضًا، فأبو حنيفة رحمه الله مرّ على أصله، فإن من أصله أن الحاضر لا ينتصب خصمًا عن الغائب فى مثل هذا، فلا يكون القضاء على الحاضر قضاء على الغائب، ألا ترى أن البائع لو كان واحدًا، والمشترى اثنان حاضر وغائب، فالحاضر لا ينتصب خصمًا عن الغائب.

وأبو يوسف رحمه الله فرّق بينما إذا كان المشترى واحدًا، والبائع اثنان، وبينما إذا كان البائع واحدًا والمشترى اثنان، فقال فيما إذا كان المشترى واحدًا، والبائع اثنان أن القضاء لايتعدى إلى الغائب، وفيما إذا كان البائع واحدًا، أو المشترى اثنان أن القضاء يتعدى إلى الغائب.

والفرق أن البائع إذا كان اثنان فحق الغائب غير متصل بحق الحاضر؛ لأن الصفقة متفرقة، فلا ينتصب الحاضر خصمًا عن ذلك، فأما إذا كان المشترى اثنان، فحق الحاضر متصل بحق الغائب، ألا ترى أنه لو خاطب اثنين بالبيع، فقبل أحدهما لم يصح، فجاز أن ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

هذا إذا كان الحاضر مقرًا بنصيب الغائب، وإن كان جاحدًا نصيب الغائب، فالقاضى يقضى بالدار كلها للمدعى، أما فى نصيب الحاضر، فلا يشكل، وأما فى نصيب الغائب فان ذا اليد انتصب خصمًا فى نصيب الغائب فى إثبات الملك له فى نصيبه؛ لأنه لا يتوصل إلى إثبات ملكه على الحاضر فى نصيب الغائب إلا بإثبات الملك للغائب، ثم بإثبات الشراء عليه.

١٤٨٠٣- وإذا ادّعى هبة، أو صدقة، أو رهنًا من رجلين، وأحد الرجلين حاضر، والدار فى يد الحاضر، فأقام بينة على الهبة والقبض، أو على الصدقة والقبض، أو على الرهن والقبض، فإن على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لا تقبل هذه البينة فى فصل الرهن؛ لأن عنده القضاء يقتصر على نصيب الحاضر، ورهن المشاع باطل، فأما فى الهبة، فإن كان مما لا يحتمل القسمة، قبلت بينته فى حق الحاضر دون الغائب؛ لأن القضاء الحاضر ههنا ممكن؛ لأن الشيوع فيه لا يمنع جواز الهبة.

وأما على قول أبى يوسف رحمه الله: ففى فصل الرهن لا يقبل هذه البينة أصلا، وفى الهبة والصدقة إن كانت الهبة والصدقة مما لا يقسم يقضى على الحاضر والغائب

جميعًا حتى إذا حضر الغائب، لا يكلف المدعى إعادة البينة عليه، ويقضى عليه بتلك البينة، وإن كانت الهبة والصدقة مما يقسم، فالقاضى يقضى بهبة الكل، ولكن ينفذ فى النصف فى الحال، وفى النصف الآخر يُتوقف على أن يحضر الغائب، فينفذ عليه.

والفرق له بين الرهن والهبة أن بإثبات الملك فى الشائع بالهبة ممكن فى الجملة، ألا ترى أنه إذا وهب داره من رجلين، وسلّم إليهما صحّ على قولهما، ويثبت لكل واحد منهما الملك فى النصف بالهبة شائعًا، وإذا جاز هذا فى الجملة، جاز القول[1] فى القضايا بالهبة بجميعها، ولكنه لا ينفذ[2] على الغائب حتى يحضر، فإذا حضر نفذ عليه، فأما الرهن، فلا يجوز مع الشيوع بحال ما، فلايجوز القول بنفاذ القضاء، وثبوته فى البعض دون البعض، فلهذا يبطل فى الكل.

١٤٨٠٤- قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل ادّعى على رجل مالا، فقضى القاضى له على المدعى عليه ببينة أقامها، ثم غاب المقضى عليه، أو ما تقوله ورثة، وله مال فى المصر فى يد أقوام، وهم مقرّون به للمقضى عليه، قال: لا أدفع إلى المدعى من ذلك شيئًا حتى يحضر هو إن كان غائبًا، أو ورثته إن كان ميتًا؛ لأن القاضى نصب ناظرًا، وليس من النظر فى حق الغائب دفع ماله إلى المقضى له، فلعل أنه قضى هذا الدين أو وارثه، فوقفنا الأمر لهذا، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله فى الكتاب، قال: لأنى لا أدرى لعل الذى قضيت عليه قضاه إياه، أو وارثه، وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله أيضًا.

١٤٨٠٥- وإذا غاب المدعى عليه، أو مات بعد إقامة البينة عليه قبل قضاء القاضى عليه، وقد زكّيت البينة فى السر والعلانية، فالقاضى لا يقضى بتلك البيّنة، حتى يحضر الغائب، أو نائبه، أو يحضر وارث الميت، فإذا حضر واحد من هؤلاء، فالقاضى يقضى عليه بتلك البينة، ولا يحتاج إلى إعادة البينة للقضاء، ولو كان المدعى عليه أقر بما ادّعاه المدعى ثم غاب، فالقاضى يقضى عليه بإقراره فى حال غيبته، فبعد هذا ينظر إن كان المقر له عينًا، فالقاضى يأمر من فى يده بالتسليم إذا كان الذى فى يديه

---

(١) هكذا فى م، وكان فى الأصل وظ: القبول.

(٢) وفى م: لا يبعد.

مقرّا أنه ملك المقر، وفي الدين إذا ظفر بجنس حقه، يأمره بالأخذ، ولا يبيع في ذلك العُروض والعقار، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف: لا يقضي القاضي حتى يحضر الغائب في البينة[1] والإقرار جميعًا، ذكر قول أبي يوسف رحمه الله هكذا، والمحفوظ عن قول أبي يوسف رحمه الله المذكور عنه في عامّة الكتب غير هذا، فالمذكور عنه في عامة الكتب أنه كان يقول أولا: إن القاضي لا يقضي في فصل البينة، حتى يحضر الغائب، وفي فصل الإقرار يقضي، ثم رجع حين ابتلي بالقضاء، وقال: يقضي فيهما جميعًا، استحسن ذلك حفظا لأموال الناس، وصيانة لحقوقهم.

وجه ما ذكر من قول أبي يوسف رحمه الله في "نوادر ابن سماعة": إن القضاء يعتمد الولاية، ولا ولاية للقاضي على الغائب، فلا ينفذ قضاءه عليه، ألا ترى أنه لو قضى عليه في المصر الذي هو فيه، وأنه ليس بقاضي ذلك المصر، لاينفذ قضاءه عليه؛ لعدم الولاية، كذا هنا.

وجه ما ذكر من قول أبي يوسف رحمه الله في عامة الكتب أن القاضي يقضي على الغائب في البينة والإقرار جميعًا إن حضرة المدعى عليه إنما كان شرطًا ليسمع القاضي كلام الخصمين، فيقضي عن علم أو ليعلم إنكاره الذي هو شرط سماع البينة، وقد وجد، فلا معنى لتوقيف القضاء.

توضيحه: أن كل مدعى عليه لا يعجز من أن يخفي نفسه متى توجّه عليه الحكم لو لم يجز القضاء حال غيبته، يضيع حقوق الناس، ولأبي حنيفة رضي الله عنه في الفرق بين الإقرار والبينة أن للمدعى عليه حق الطعن في الشهود، والقضاء عليه حال غيبته يبطل الحق عليه، أما ليس له حق الطعن في إقراره، فالقضاء عليه حال غيبته لا يبطل عليه حقّا، فلهذا افترقا.

١٤٨٠٦- قال محمد رحمه الله في "الزيادات": أمة في يدي رجل يقال له: عبد الله، فقال رجل -يقال له إبراهيم- لرجل: يقال له محمد: يا محمد الأمة التي في يدي عبد الله كانت أمتي، بعتها منك بألف درهم، وسلّمتها إليك إلا أن عبد الله قد غصبها

---

(١) وكان في الأصل: على البينة.

منك، وصدّقه محمد فى ذلك كله، وعبد الله يُنكر ذلك كله، ويقول: الجارية جاريتى، فالقول فى الجارية قول عبد الله؛ لأن اليد عليها لعبد الله، ويقضى بالثمن لإبراهيم على محمد؛ لأنهما تصادقا على البيع والتسليم، وتصادقهما حجه فى حقهما، فلو استحق رجل الأمة من يد عبد الله بعد ما أخذ إبراهيم الثمن من محمد، فأراد محمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، وقال: الجارية التى اشتريتها منك، ورد عليها الاستحقاق، لا يُلتفت إلى ذلك؛ لأن القضاء بالاستحقاق على عبد الله اقتصر على عبد الله، ولم يتعد إلى محمد.

والأصل أن القضاء بالملك المطلق على ذى اليد، قضاء على ذى اليد، وعلى من تلقّى ذو اليد الملك من جهته، ولا يكون قضاء على الناس كافة لما نبين بعد هذا، وذو اليد وهو عبد الله لا يدعى تلقى الملك من جهة محمد، فلم يصر محمد مقضيّا عليه بالقضاء على عبد الله، وما لم يصر محمد مقضيّا عليه، لا يرجع بالثمن على إبراهيم.

والدليل على أن محمداً لم يصر مقضيّا عليه فى هذه الصورة أن محمداً لو أقام البينة على المستحق أن الجارية جاريته، اشتراها من إبراهيم، وهو يملكها، قبلت بينته، ولو صار مقضيّا عليه، لما قبلت بينته.

وكذلك لو أن الذى استحقها على عبد الله استحقها بالنتاج، بأن أقام بينة على أنها جاريته، ولدت فى ملكه، وقضى القاضى بها للمستحق، لم يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وإن ظهر ببينة المستحق أن إبراهيم باع جارية الغير؛ لأن القضاء بالاستحقاق اقتصر على عبد الله، ولم يصر محمد مقضيّا عليه.

بيانه: وهو أن دعوى البائع هنا غير محتاج إليه؛ لأن المستحق خارج، ألا ترى أنه لو أقام البينة على الملك المطلق، قبلت بينته، فسقط اعتبار دعوى النتاج، وبقى دعوى الملك المطلق، لا يصير محمداً مقضيّا عليه بالقضاء على عبد الله، فكذا هنا.

قال فى الكتاب: ألا ترى أن محمداً لو أقام البينة على المستحق بأن الجارية جاريته، اشتراها من إبراهيم بكذا، وهو يملكها، أنه يقضى بها لمحمد، ولو صار محمد مقضيّا عليه بالقضاء على عبد الله، لما قضى له فرع على مسألة الاستشهاد.

فقال: لو أعاد المستحق البينة على محمد أنها أمته، ولدت فى ملكه، قضى بها

للمستحق، وترجحت بينته على بينة محمد؛ لأن بينة النتاج لا تعارضها بينة الملك المطلق؛ لأن بينة النتاج أكثر إثباتًا فيما يرجع إلى إثبات أولية الملك، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم في هذه؛ لأن محمدًا صار مقضيًا عليه لهذا القضاء.

قال: ولو لم يستحق الجارية أحد، ولكن أقامت الجارية البينة على عبد الله أنها حرّة الأصل، وقضى القاضي بحريتها، رجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن محمدًا صار مقضيًا عليه في هذه الصورة، والقضاء بالحرية[1]، وما الحق بها قضاء على الناس كافة، ولهذا لو أقام محمد البينة على الملك والشراء من إبراهيم، لاتقبل بينته، ولو لم يثبت عليه الاستحقاق، لقبلت بينته، واستحقاق المشترى على المشترى بسبب سابق على الشراء يوجب الرجوع على البائع بالثمن.

ثم إنما وقع الفرق بين القضاء بالملك المطلق على ذي اليد وبين القضاء بالحرية، وما ألحق بها، حتى اقتصر القضاء بالملك المطلق على ذي اليد، ونفذ القضاء بالحرية وما ألحق بها إلى الناس كافة؛ لأن الحرية تعلق بها أحكام متعدية إلى الناس من أهلية الشهادة والقضاء والولاية وغير ذلك؛ ، فانتصب ذو اليد خصمًا عن الناس كافة، فكان القضاء على ذي اليد قضاء على الناس كافة، أما الملك المطلق فلم يتعلق به أحكام متعدية إلى الناس كافة، فلم ينتصب ذو اليد خصمًا عن الناس كافة.

وكذلك لو أقامت البينة على عبد الله أنها كانت أمته أعتقها، وقضى القاضي بذلك، رجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن دعوى الملك لكونه وسيلة إلى دعوى العتق، ولما كان المقصود دعوى العتق، وليس في بعض الأوقات للقضاء فيه بالعتق بأولى من البعض؛ لما أنها لم تعيّن وقتًا في الدعوى، فكان هذا والقضاء بحرية الأصل سواء.

١٤٨٠٧- أما القضاء بالوقفية على ذي اليد، هل يكون قضاء على الناس كافة؟ وصورتها: رجل ادّعى أرضًا في يدي رجل أنها وقف على جهة كذا، وقفها فلان، وأنا متولي أوقافه، وأثبت الوقفية بالبينة، وقضى القاضي بها على ذي اليد، هل يكون قضاء على الناس كافة؟

---

(١) وكان في الأصل: والقضاء بالحق لحريته.

حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى، والقاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى رحمهما الله: أنه يكون قضاء على الناس كافة، حتى لو ادّعى رجل بعد ذلك هذه الأرض لنفسه، لا يسمع دعواه، وألحقاه بالقضاء بحرية الأصل.

وذكر فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": أنه لا يكون قضاء على الناس كافة، حتى لو ادعى رجل بعد ذلك هذه الأرض لنفسه ملكًا مطلقًا، تسمع دعواه، وألحقه بالقضاء بالملك المطلق، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله.

وذكر فى شهادات "الجامع": أن فى دعوى العين أحد الورثة إنما ينتصب خصمًا عن الميت للمدعى فى عين هو فى يد ذلك الوارث، لا فى عين ليس فى يده حتى إن من ادعى عينًا من التركة، وأحضر وارثًا ليس ذلك العين فى يد هذا الوارث الذى أحضره، لا يسمع دعواه عليه، وفى دعوى الدين أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت، وإن لم يصل إليه شيء من التركة.

١٤٨٠٨- عبد مأذون ادّعى دارًا فى يدى رجل، واستحق ببينة أقامها، فأقام المدعى إقرار العبد أنه لا حق له فى الدار، تبطل بينة العبد وحقه، فإن جاء مولاه بعد ذلك، وقال: عبدى استحق الدار بالبينة، ولست مجيزًا إقراره؛ لأنه كان محجورًا عليه، فإنه يقال له: أعد البينة على المدعى عليه، فإن أعادها استحقها، وما لا فلا.

١٤٨٠٩- رجل ادّعى دارًا فى يدى رجل أن أباه مات، وتركها ميراثًا له، ولأخيه فلان، وأخوه منكر دعواه، ويزعم أنه لا شيء له من الدار، فأقام المدعى بينة على دعواه، وقضى له بنصف الدار، ثم رجع أخوه إلى تصديقه، لم يقض له بشيء، فإن جاء غريم للميت بعد ذلك، وأثبت دينه بمحضر من الوارث ببينته، وسأل القضاء للميت بالدار، فإن القاضى يستقبل القضاء، فيقضى للميت بالدار كلها بالشهادة الأولى، ويُباع الدار، ويقضى الغريم حقه من ثمنها، فإن فضل شيء من ثمنها، يجعل نصفه لابن المدعى، ويرد الباقى على المقضى عليه بالدار، ولا أجعل لابن المنكر من الفضل شيئًا.

١٤٨١٠- رجلٌ ادعى دارًا فى يدى رجل أن أب هذا الذى فى يديه، غصبها إياه، وقال الذى فى يديه الدار: الدار دارى، وله إخوة غُيّب، فأقام المدعى بينة على ما ادّعى، وقضى له بالدار، ثم حضر أخوه الذى كان الدار فى يديه، لا يكلف المقضى له

إعادة البينة عليهم، ولكن يقال لهم: أنتم على حجتكم.

١٤٨١١- إبراهيم عن محمد: رجلان ورثا داراً عن أبيهما، باع أحدهما نصفها من رجل، ثم أقام رجل بينة أنها داره ورثها من أبيه، قال: القضاء على المشترى قضاء على البائع، والقضاء على الأخ قضاء على المشترى إلا أن يقول المشترى: لم يرث هذا عن أبيه.

١٤٨١٢- رجل ادعى أن ميّتًا غصب منه شيئًا، وأحضر بعض ورثته، وأقام عليه البينة بذلك، وبعض هذا الشيء فى يد هذا الذى أحضره، وبعضه فى يد وكيل الغائب، وهذا الحاضر مقر بأن هذا الشيء ميراث لهم من أبيهم، قال محمد: أقضى على الحاضر بدفع ما فى يديه، ولا أخذ ما فى يد وكيل الغائب.

ولو كان ذلك كله فى يد هذا الذى حضر، قضيت عليه بذلك كله، ودفعته إلى المدعى، فإن قدم الغائب، فقال: كان هذا فى يد أخ لنا من غير الوالد، لم يقبل قوله، وهذه المسألة إشارة إلى أن فى دعوى العين من التركة أحد الورثة إنما ينتصب خصمًا عن الميت إذا كان العين فى يديه.

١٤٨١٣- وهشام قال: سألت محمداً رحمه الله عن قناة فى يد قوم كثير، فيهم الشاهد والغائب، والصغير والكبير، وأقام رجل البينة على بعضهم أنهم احتفروا هذه القناة فى أرضه غصبًا، وهم قوم كثير لا يقدر على أن يجمعهم، قال: جعلت لهم وكيلا، وقضيت على وكيلهم.

١٤٨١٤- ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم، وقبض المشترى العبد، ثم أخذ البائع العبد، ثم أخذ البائع المشترى بالثمن، فأقام المشترى بينة أنه قد أحاله بالثمن على فلان ابن فلان الفلانى، وفلان المحتال عليه غائب، فحضر فإن المال لازم له بالبينة التى قامت على الحوالة -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

الفصل الثالث والثلاثون
في المتفرقات

١٤٨١٥- شفعوى المذهب إذا جاء إلى القاضى، وادّعى الشفعة بالجوار، فالقاضى هل يقضى له بالشفعة؟ لا ذكر لهذه المسألة فى شىء من الكتب، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيها، قال بعضهم: لا يقضى؛ لأن المدعى يزعم أنه لا حق له فيما يدعى، فيعامل القاضى معه بزعمه واعتقاده، ومنهم من قال: يقضى؛ لأنه لما طلب الشفعة بالجوار، فقد ركن إلى مذهبنا فى هذه المسألة، فقبل دعواه، ويقضى له هذا، كما قلنا فى أحد الزوجين من أهل الذمة: إذا رفع إلى القاضى أنه محرم صاحبه، فالقاضى يفرّق بينهما عند أبى يوسف رحمه الله؛ لأنه ركن إلى ديننا، وإن رفعا الأمر إلى القاضى، فالقاضى يفرّق بينهما بلا خلاف، والمعنى ما قلنا.

ومنهم من قال: إذا تقدم إلى القاضى، فالقاضى يقول له: هل تعتقد وجوب الشفعة بالجوار؟ إن قال: نعم، يقضى له بها، وإن قال: لا أقامه من ذلك الموضع، ولم يسمع كلامه، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى هذا أوجه الأقاويل وأحبها.

وفى "المنتقى": قضاة ثلاث ببغداد، كل قاضٍ على موضع معلوم، فادعى رجل على رجل دعوى، واختلفا فيمن يخاصمان إليهم منهم، فإن كان منزل المدعى والمدعى عليه فى موضع واحد، يختصمان إلى القاضى الذى هو فى موضعهما، وإن كان منزلهما مختلفًا، أحدهما من هذا الجانب، والآخر من ذلك الجانب، قال أبو يوسف رحمه الله: تعيين ذلك إلى المدعى حيث شاء، وقال محمد رحمه الله: ذلك إلى المدعى عليه، القاضى يقبل البينة على عتق العبد بدون الدعوى عند أبى حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما رحمهما الله، وتقبل البينة على عتق الأمة، وطلاق المرأة حسبة من غير الدعوى، ولا يحلف على عتق العبد حسبة بدون الدعوى بالاتفاق، وهل يحلف على عتق الأمة، وطلاق المرأة حسبة بدون الدعوى؟ أشار محمد رحمه الله فى آخر كتاب التحرّى إلى أنه يحلف، فإنه قال: إذا طلّق الرجل واحدة من نساءه بعينها ثلاثًا،

ونسيها، فمس كلهن إلا واحدة، فالقاضي يمنعه عنها حتى يخبر أنها ليست بمطلقة، وإذا أخبر بذلك، فالقاضي يحلفه البتة[1] بالله أنها ليست بمطلقة، ولم يشترط دعواها، وهكذا ذكر في شرح القدوري، وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في مقدمة السلسلة: أنه لا يحلف، فيتأمل عند الفتوى.

١٤٨١٦- وإذا قضى القاضي بحضرة وكيل الغائب أو بحضرة وصي الميت، يقضي على الغائب وعلى الميت، ولا يقضي على الوكيل والوصي، ويكتب في السجل أنه قضى على الميت وعلى الغائب، ولكن بحضرة وصيه وبحضرة وكيله.

ذكر الخصّاف رحمه الله في "أدب القاضي" في باب العدوى: إذا أمر القاضي رجلا بملازمة المدعى عليه، كذا لاستخراج المال، ويسمّى بالفارسية موكل، أفمؤنته على المدعى عليه، كذا ذكره القاضي الإمام صدر الإسلام رحمه الله، وعليه بعض القضاة، وبعض مشايخ زماننا حمهم الله قالوا: هي على المدعي، وهو الأصح؛ لأن منفعته تعود إلى المدعي.

١٤٨١٧- المديون إذا كان له عقار فاضل عن حاجته، يحبس لبيعه، ويقضي الدين، وإن كان لايشترى إلا بثمن قليل، كذا ذكر الخصّاف رحمه الله في باب الحبس، وإن امتنع المديون عن البيع بنفسه، فالقاضي هل يبيعه؟ ذكر في "الجامع الصغير"، وفي "كتاب الأقضية": أن القاضي لا يبيع مال المديون المحبوس، لا العروض، ولا العقار عند أبي حنيفة رضي الله عنه، لكن يحبسه، ويأمره بالبيع، ويستديم الحبس ليبيع بنفسه، وعندهما رحمهما الله يبيع العروض رواية واحدة، وفي بيع العقار روايتان، ذكر الروايتين في "شرح كتاب الأقضية".

١٤٨١٨- وإذا أقر الرجل لإنسان بمال، ومات المقر، فقالت ورثته بعد موته: إن أبانا قد أقر بمال كاذبًا، فلم يصح إقراره، وأنت أيها المقر له عالم بذلك، وأرادوا تحليفه على ذلك، لم يكن لهم أن يحلفوه؛ لأن وقت الإقرار حق الورثة لم يكن متعلقًا بمال المقر، فصح الإقرار، وحيث تعلق حقهم لم يتعلق بما صار حقًا للمقر له، فلايكون لهم ولاية تحليفه.

---

(١) وفي "ظ": البينة.

١٤٨١٩- وإذا حبست المرأة زوجها بدين المهر أو بدين آخر، فقال الزوج للقاضى: إحبسها معى فى السجن، فإن لى موضعها فى المحبس لتكون معى، فالقاضى لايحبسها، ولكنها تصير إلى منزل الزوج، ذكره الخصّاف رحمه الله فى باب مطالبة المهر.

وقيل: ينبغى للقاضى أن يحبسها؛ لأنها إذا حبست زوجها، ولم تحبس هى، تذهب حيث تريد، وقيل: القاضى يقول لها: إذا أردت حبس الزوج، لو حبست زوجك بحقك لحبستك معه، وإلا لا أحبس الزوج، وعلى التقديرين جميعًا يقع الأمن عن ذهابها إلى ما تريد.

١٤٨٢٠- وإذا قال المديون: أبيع عبدى هذا، وأقضى حقه، ذكر صاحب "شرح مختصر العصام" فى أول مكاتبته: أن القاضى لا يحبسه، بل يؤجله يومين، أو ثلاثة.

ادّعى على آخر مالا، وأنكر المدعى عليه ذلك، ثم ادّعى عليه فى مجلس آخر أنك استمهلت منى هذا المال، وصرت مقرّا بالمال، والمدعى عليه منكر المال والاستمهال جميعًا، فالقاضى يحلفه على المال وعلى الاستمهال، وقد قيل: يحلفه على المال؛ لأنه بالاستمهال يصير مقرّا، والإقرار حجة المدعى، والمدعى عليه لا يحلف على حجة المدعى، فإنه لا يحلف بالله ما للمدعى بينة، ألا ترى أنه لو ادّعى عليه الاستيام[1] أو الإقرار، أو ادّعى عليه حقّا بسبب الحط، وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا حطه، فإنه لا يحلف على ذلك، والمعنى ما ذكرنا.

١٤٨٢١- وفى "نوادر بن رستم"[2] عن محمد رحمه الله: رجل قال لآخر: لى عليك ألف درهم، فقال ذلك الرجل: إن حلفت أنا لك على أدّيتها، فحلف الرجل، فأداها إليه، إن أداها على الشرط الذى شرط، ، كان له أن يرجع فيما دفع إليه.

١٤٨٢٢- فى "واقعات الناطفى" فى كتاب الدعوى: ولو أن السلطان أو الخليفة قلّد رجلا القضاء، وردّ القاضى ذلك، هل له أن يقبل ذلك؟ لا رواية لهذه المسألة فى

---

(١) هكذا فى ظ و الأصل، وكان فى "م": الأيتام.

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: نوادر رستم وفى م: نوادر بن سماعة.

الكتب، قيل[١]: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن قلّده بعد مشافهة مواجهة وردّ، لا يمكنه قبول ذلك الأمر، وذلك التقليد بعد ذلك، ولو قلّده بطريق المغايبة، بأن بعث إليه المنشور، فرده، ثم قبل كان له ذلك[٢] استدلالا بما ذكر في كتاب النكاح: أن امرأة لو كتبت إلى الرجل: أني زوّجت نفسي منك، فلم يقبل الزوج في ذلك المجلس، وقبل في مجلس آخر، كان له ذلك[٣]؛ لأن الكتاب كالخطاب، والكتاب باقٍ معه، فيكون الخطاب باقيًا، فكان له أن يقبل، فكذافي حق المنشور للقاضي، ولو كان بطريق المغايبة، ولكن بالرسالة لا بالكتاب، فكذلك[٤] أيضًا استدلالا بالموكّل والموصى إليه إذا ردا في غير وجه الموكل والموصى، فكان لهما أن يقبلا بعد ذلك ما لم يعلم الموكل برده، والموصى بالرد؛ لأن الردّ من غير علم الموكّل والموصى لم يصح، وإذا لم يصح الردّ كان حكم التوكيل والإيصاء باقيًا، فيعمل قبولهما، فكذا أيضًا ههنا يجب أن يكون كذلك.

١٤٨٢٣- رجل أخرج صكا بإقرار رجل، فقال المقر: قد أقررت لك لهذا المال، إلا أنك رددت إقراري يحلف المقر له، كمن ادّعى البيع على إنسان، فقال البائع: بعتُه منك، إلا أنّك أقلتني، فإنه يحلف مدعي الشراء، التحليف بالطلاق والأيمان المغلظة لم يجوّزه أكثر مشايخنا رحمهم الله، وإن بالغ المستفتي في ذلك يفتي بأن الرأي فيه للقاضي.

١٤٨٢٤- رجل تزوج امرأة وابنتها في عقدين، وقال: لا أدري أيتهما أولى، يحلف لكل واحدة منهما بالله ما تزوجها قبل صاحبتها، فالقاضي في التحليف يبدأ بأيتهما شاء، فإذا حلفه إحداهما وحلف ثبت نكاح الأخرى، وإن نكل لزمه نكاح هذه، وبطل نكاح الأخرى، وهذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لايجري الاستحلاف في النكاح، فلا يتأتى هذا الفصل على قوله: المدعى عليه الدار إذا قال: أنا بنيت بناء هذه الدار، والمدعي يعلم بذلك، وطلب يمين المدعي، لا يحلف المدعي،

---

(١) هكذا في الأصل وم.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: كان ذلك له.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: لأن الخطاب كالكتاب.

(٤) وكان في ظ: فلذلك.

لجواز أن يكون المدعى عليه هو الباني، ويكون البناء للمدعى، بأن بنى المدعى عليه بأمر المدعى، حتى لو قال المدعى عليه: بنيتُ الدار لنفسى بغير أمر المدّعى، يحلف المدعى الحاكم، المحكم إذا حلف المدعى عليه، وحلف، ثم ترافعا إلى قاضٍ مولى، فالقاضى المولى لا يحلفه ثانيًا.

١٤٨٢٥- دار فى يدى رجل ادّعاها رجل أنه غصبها منه، وقال المدعى عليه: هذه الدار كانت وقفتها على كذا وكذا، وأراد المدعى تحليفه، يحلف عند محمد رحمه الله، خلافًا لهما بناء على أن غصب الدار يتحقق عند محمد، فكان فى التحليف فائدة، حتى لو نكل يقضى عليه بالقيمة.

ولو أراد أن يحلفه ليأخذ العين، لا يأخذ بالاتفاق؛ لأن الدار صارت مستهلكة لصيرورتها وقفًا، والفتوى على قول محمد رحمه الله دفعًا للحيلة، وهذا كرجل فى يديه عبد، قال: هذا العبد لفلان اغتصبته من فلان، فإنه يُصدّق فى إقرار أنه لفلان، ولا يصدق على المقر له أنه اغتصبه من فلان، ويصدّق فى حق نفسه، حتى يضمن قيمته للثانى.

١٤٨٢٦- رجل فى يديه ضيعة يزعم أنها وقف جده، وقفه على ابنه وأولاد ابنه خاصة، وجاء رجل وادعاها، وقال: إن الواقف هذا وقفها على جميع أولاده، وأنا من جملة أولاده، وأراد تحليف صاحب اليد لا يحلف، فإن كان[1] فى يد صاحب اليد شيء من غلة هذه الضيعة، فحينئذٍ يحلف على نصيب المدعى؛ لأنه يدعى ملك ذلك القدر لنفسه، وذو اليد ينكر، فيحلف على ذلك، ولا كذلك الوجه الأول، وهذا الجواب[2] مستقيم على قول من يقول بأن للموقوف عليه حق الخصومة، أما على قول من يقول ليس له حق الخصومة، ينبغى أن يكون الدعوى من المتولى حتى يحلف المدعى عليه فى الوجه الثانى.

القاضى إذا حلف المدعى عليه على العلم فى موضع وجب التحليف على البتات، يبقى للمدعى حق التحليف على البتات، ولا يحتسب بما حلف، ولو نكل عن

---

(١) وفى الأصل: إلا إذا كان مكان: فإن كان.

(٢) وفى الأصل: وهذا الوجه مستقيم.

اليمين فى هذه الصورة، وقضى القاضى عليه بنكوله لا ينفذ قضاءه.

١٤٨٢٧- [رجلان شهدا على رجل بحق من الحقوق، فقال المشهود عليه: هما عبدان، فقالا: كنا عبدين لفلان الغائب، إلا أنه أعتقنا، وأقاما البينة على ذلك، فإن القاضى يقضى بأنه أعتقهما، ويكون ذلك قضاء على مولاهما، حتى لو حضر المولى، وأنكر العتق، لا يلتفت إلى إنكاره.

١٤٨٢٨- وفى "الملتقط": ولو مات رجل، ولا يعلم له وارث، فباع القاضى داره يجوز، ولو ظهر الوارث، فالبيع ماضٍ، الفتاوى الخلاصة: رجل له على آخر دعاوى متفرقة من الدراهم والدنانير والضياع، قال: يجمع دعاوى كلها، ويحلف يمينًا واحد على ذلك كله إلىّ][1]، وبمثله لو حلفه القاضى على البتات فى موضع وجب التحليف على العلم يحتسب بما حلف؛ لأنه أوفى المستحق عليه وزيادة.

١٤٨٢٩- طلب المدعى يمين المدعى عليه، فقال المدعى عليه: أخرج كراسة حسابك لأنظر فيه، والتمس من القاضى أن يأمر بذلك، أجابه القاضى إليه، ولكن لو أبى لا يجبر عليه، وهو نظير ما لو طلب المدعى عليه من القاضى أن يأمر المدعى ببيان النسب.

قاضى العسكر: لا ولاية له على غير أهل العسكر، ولا ينفذ قضاءه على غير أهل العسكر، إلا إذا شرط ذلك عند التقليد، وإذا كان الرجل من أهل العسكر، وهو يعمل فى السوق ويحترف، فهو من أهل العسكر.

١٤٨٣٠- سئل شمس الإسلام الأوزجندى رحمه الله عمّن وقف ضيعة على علماء خواقند، وسلّم إلى المتولى، ثم ادّعى على المتولى فساد الوقفية بسبب الشيوع بين يدى قاضى بلد خواقند، فحكم بصحة الوقفية على قول من يرى ذلك، وقاضى خواقند من علماء خواقند، هل ينفذ قضاءه؟ قال: ينفذ قضاءه؛ لأنه يصلح شاهدًا فى هذا استدلالا بما ذكر هلال فى وقفه إذا وقف الرجل على فقراء جيرانه، ثم شهد بعض فقراء جيرانه على الوقف، قبلت شهادتهم؛ لأن الجوار ليس بلازم.

١٤٨٣١- القاضى لا يملك تزويج الصغار، إلا إذا كتب فى منشوره ذلك، إذا

(١) هذه العبارة موجودة فى الأصل فقط.

مات القاضي قبل استيفاء الرزق من بيت المال يسقط رزقه، ذكره شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في أوّل النفقات من "أدب القاضي".

وفي "فتاوى النسفي": قاضي كرخ وقاضي خسر إذا التقيا، فقال أحدهما للآخر: إن فلانًا أقر لفلان بكذا لا يقضي به، حتى يبعث إليه اتباعًا للسنة في كتاب القاضي إلى القاضي، قالوا: هذا إذا لم يكن كل واحد منهما زمان الإخبار في مكان هو قاضٍ فيه، أما إذا كان كل واحد منهما في مكان هو قاضٍ فيه، ينبغي أن يقضي به؛ لأن القول أقوى من الرقعة -والله أعلم بالصواب، وبه التيسير وعليه الاعتماد-.

والآن[1] حان الشروع في تدوين فهرست الكتاب والفصول، والأنواع والأقسام التي هي في المجلد الثاني من "المحيط البرهاني" -بعون الله تعالى وحسن توفيقه-.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: ولأن.

كتاب الشهادة

هذا الكتاب يشتمل على أربعة وعشرين فصلا :

الفصل الأول : فى حل تحمل الشهادات وحل آداءها ، والامتناع عن ذلك

الفصل الثانى : فى أقسام الشهادة وفى شهادة النساء

الفصل الثالث : فى بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل

الفصل الرابع : فى الإسماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة

الفصل الخامس : فى شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته

الفصل السادس : فى شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه وشهادته لأبيه أو لأمه

الفصل السابع : فيما يجوز من الشهادات وما لا يجوز

الفصل الثامن : فى الشهادات فى المواريث

الفصل التاسع : فى الشهادة على الشهادة

الفصل العاشر : فى شهادة الشهود بعضهم لبعض

الفصل الحادى عشر : فى شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم

الفصل الثانى عشر : فى المسائل التى تتعلق بحدود المدعى والمشهود به

الفصل الثالث عشر : فى شهادة الوارث بالوصية والرجوع ، وفى شهادة الوصى للميت وفى شهادة الوكيل للموكل

الفصل الرابع عشر : فى الشك فى الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها ووجود الشاهد بعد القضاء بشهادته بصفة لا تجوز شهادته وشهادة الشهود بعد قضاء القاضى بخلاف ما قضى

الفصل الخامس عشر فى الشهادة على الوكالة والوصاية

الفصل السادس عشر : فى شهادة ولد الملاعنة

الفصل السابع عشر : في التهاتر من الشهادات
الفصل الثامن عشر : في ترجيح إحدى البينتين على الأخرى والعمل بالبينتين المتضادتين
الفصل التاسع عشر : في شاهد الزور
الفصل العشرون : في الدعوى إذا خالفت الشهادة
الفصل الحادي والعشرون : في الاختلاف الواقع بين الشاهدين
الفصل الثاني والعشرون : في التناقض بين الدعوى والشهادة
الفصل الثالث والعشرون : في الشهادة على النسب
الفصل الرابع والعشرون : في المتفرقات

الفصل الأول

فى حل تحمل الشهادات وحل آداءها، والامتناع عن ذلك

١٤٨٣٢- ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" : أن الإشهاد على المداينة والبيع فرض على العباد؛ لأنه بدونه يخاف تلف المال، وفى تلف الأموال تلف الأبدان، وحرام على الآدمى إتلاف البدن، فيفترض عليه الإشهاد الذى هو طريق الصيانة، إلا إذا كان شيئًا حقيرًا لا يخاف عليه التلف، وبعض المشايخ على أن الإشهاد مندوب، وليس بفرض، وهذا القائل يحمل الأوامر المذكورة فى كتاب الله تعالى نحو قوله : ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُم﴾[١] وقوله : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ منكُم﴾[٢] على الندب.

١٤٨٣٣- اختلف المشايخ فى أنه هل يصح تحمل الشهادة على المرأة إذا كانت متنقبة؟ بعض مشايخنا وسّعوا، وقالوا : يصح عند التعريف، وقالوا : تعريف الواحد كافٍ، كما فى المزكى والمترجم، والاثنان أحوط، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام خواهر زاده.

وبعضهم قالوا : لا يصح التحمل عليها بدون رؤية وجهها، وبه كان يفتى القاضى الإمام شمس الإسلام الأوزجندى والشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى، ووجه ذلك أن العلم شرط جواز الشهادة، قال تعالى : ﴿إلا مَن شَهِدَ بِالْحَقّ وَهُم يَعلَمُونَ﴾[٣]، وقال عليه السلام : «إذا علمت مثل الشمس فاشهد»[٤]، فالعلم لايحصل إلا بالدليل القطعى غير أن فى كل موضع تعذر الوصول إلى الدليل القطعى، يكتفى بالدليل الظاهر، وههنا

(١) سورة القرة : الآية ٢٨٢.

(٢) سورة الطلاق : الآية ٢.

(٣) سورة الزخرف : الآية ٨٦.

(٤) ذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٤/ ٨٢)، وقال : أخرجه البيهقى فى "سننه"، والحاكم فى "المستدرك"، قال الذهبى : حديث واهٍ؛ فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد - انتهى-.

الوصول إلى العلم، وإلى معرفة وجهها ممكن بكشف وجهها، فلا ضرورة إلى إقامة التعريف من الواحد، والمثنى مقامه، والدليل عليه أنا أجمعنا على أنه يجوز النظر إلى وجهها لتحمل الشهادة، والنظر إلى الأجنبية مع ما فيه من خوف الفتنة، لا يجوز إلا لضرورة لو صح تحمل الشهادة عليها بدون رؤية وجهها؛ لما جاز النظر إلى وجهها لتحمل الشهادة.

فأما معرفة الاسم والنسب للشهادة حالة الغيبة، والعلم بذلك لا يحصل بالمعاينة، فيجوز الشهادة على النسب والاسم بإخبار الغير، ثم على قول أبي يوسف ومحمد: إذا أخبره عدلان أنها فلانة، فذلك يكفي، ألا ترى أنهما لو شهدا عند القاضي، كان للقاضي أن يقضي بشهادتهما، والقضاء فوق الشهادة؛ فلأن يجوز الشهادة بإخبارهما أولى، وعلى قول أبي حنيفة: لا تحل له الشهادة على الاسم ما لم يسمع من جماعة لا يتصور تواطئهم على الكذب؛ لما ذكرنا أن الشهادة بناء على العلم، ولا يقع العلم إلا بالخبر المتواتر، فأما خبر المثنى ففيه احتمال، والفقيه أبو بكر الإسكاف كان يفتي بقولهما في هذه المسألة، وهو اختيار نجم الدين النسفي، وعليه الفتوى، فإن عرفها باسمها ونسبها عدلان، فينبغي للعَدلين أن يشهدا على شهادتهما هؤلاء الشهود، كما هو طريق الإشهاد على الشهادة، حتى يشهدوا عند القاضي على شهادتهما بالاسم والنسب، ويشهدوا بأصل الحق بطريق الأصالة، فيجوز ذلك بلا خلاف.

١٤٨٣٤- وفي "الجامع الأصغر": قال أبو بكر الإسكاف: المرأة إذا حسرت عن وجهها، وقالت: أنا فلانة بنت فلان، وقد وهبت لزوجي مهري، فإن الشهود لايحتاجون إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ما دامت حية؛ لأنه يمكن للشاهدين أن يشيرا إليها، فإن ماتت، فحينئذٍ يحتاج الشهود إلى شهادة شاهدين أنها كانت فلانة بنت فلان.

قال نجم الدين النسفي: ويصح تعريف من لا يصلح شاهدًا لها، سواء كان الإشهاد لها أو عليها؛ لأن هذا خبر وليس بشهادة، ولهذا لم يشترط لفظ الشهادة، وفي الخبر الحاجة إلى من يوثق به، ومن المشايخ من قال: إن كان الإشهاد لها لايصح تعريف من لا يصلح شاهدًا لها.

١٤٨٣٥- وعن محمد بن مقاتل : أنه إذا سمع الرجل صوت امرأة من وراء الحجاب، وشهد عنده اثنان أنها فلانة بنت فلان، لا يجوز أن يشهد عليها، أطلق الجواب إطلاقًا، وكان الفقيه أبو الليث يقول : إذا أقرت المرأة من وراء الحجاب، وشهد عنده اثنان أنا فلانة، لا يجوز لمن سمع إقرارها أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها، يعنى حال ما أقرت، فحينئذٍ يجوز له أن يشهد على إقرارها شرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها.

١٤٨٣٦- وذكر الخصّاف فى "أدب القاضى" : إذا أراد الرجل أن يعرف المرأة التى يريد أن يشهد بها بوكالة، أو بأمر من الأمور، ينبغى أن يدخل عليها وعندها جماعة من النساء ممن يثق بهن ذلك الرجل، فيسألهن أهذه بنت فلان؟ فإن قلن : نعم، تركها أيامًا ثم نظر إليها بحضرة نسوة أخرى، فيصنع مثل ذلك، وكذلك يتردد إليها مرارًا شهرين أو ثلاثة، فإذا وقع معرفتها فى قلبه، يقول : نساء ورجال، ومن أمكنه شهد عليها بذلك.

وفى "فتاوى النسفى" : إذا شهدا على امرأة سمّياها ونسياها، وكانت حاضرة، فقال القاضى للشهود : هل تعرفون المدعى عليها؟ فقالوا : لا، فالقاضى لا يقبل شهادتهم، ولو قالا : تحملنا الشهادة على امرأة اسمها ونسبها كذا، ولكن لا ندرى أن هذه المرأة، هل هى تلك المرأة بعينها أم لا؟ صحّت شهادتهم على المسماة، وكان على المدعى إقامة البينة أن هذه هى التى سمّوها ونسبوها، بخلاف الأول؛ لأن فى الأول أقروا بالجهالة، فبطلت شهادتهم، ولا كذلك فى هذا الوجه.

١٤٨٣٧- وفى "فتاوى أبى الليث" : سُئل نصير عن الشاهد إذا ادّعى إلى شهادة، وهو فى الرستاق إن كان بحال لو حضر مجلس الحكم، وشهد يمكنه الرجوع إلى أهله فى يومه، يجب عليه الحضور؛ لأنه لا ضرر عليه فى الحضور، وإن كان لايمكنه الرجوع إلى أهله فى يومه، لايجب عليه الحضور، وإن كان الشاهد شيخًا كبيرًا لا يقدر على المشى بالأقدام، وليس عنده ما يركب، فيكلف المشهود له بدابة يركب ويحضر، فلا بأس به، وهذا من إكرام الشهود.

١٤٨٣٨- وعن أبى سليمان الجوزجانى : رجل أخرج شهودًا إلى ضيعة قد

اشتراها، فاستأجر دواب لهم، فركبوها وذهبوا، لم تقبل شهادتهم، ولو أكلوا طعامه قبلت شهادتهم، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد: لا تقبل شهادتهم فيهما جميعًا، وقال الفقيه أبو الليث: أما في الركوب إن كان للشهود قوة المشي، أو مال يستكرون به الدواب، لا تقبل شهادتهم، كما قال أبو يوسف ومحمد، وأما في الطعام: فإن اتخذ هذا الطعام لأجلهم، فأكلوا لا تقبل شهادتهم، فإن كان الطعام مهيأً للأكل عنده، فقدم إليهم، فأكلوا تقبل شهادتهم.

وفيه نظر، فالكبار من الأئمة يباشرون عقود النكاح في ديارنا، ويحضرون الناس للشهادة، ويعدّون لهم ماء السكّر، وجرت العادة في بعض البلدان أنهم يعطون الشهود السكر واللوز، وغير ذلك، ويرون ذلك حسنًا، وقد قال عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»[1]، وكذلك جرت العادة أن من أخرج الشاهد إلى الرستاق، يعطيه دابته خصوصًا إذا لم يكن للشاهد دابة، فإذا ذهب به لا يمكنه من الرجوع قبل أن يطعمه، ورأوا ذلك فيما بينهم حسنًا أيضًا.

١٤٨٣٩- سئل خلف عمّن له شهادة، ووقعت الخصومة عند قاضٍ غير عدل، هل يسعه أن يكتم الشهادة، حتى يشهد عند قاضٍ عدل؟ قال: له ذلك، وسئل أبو بكر الإسكاف عمّن له شهادة عند عدل، وهو يماطل في أداءها، قال: إن كان يحفظ الشهادة على وجهها، ولايضطرب قلبه على شيء من أمر الشهادة، لا يسعه ذلك، وإن فعل فهو مسيء.

وسئل الفقيه أبو بكر أيضًا عمّن امتنع عن ذلك؛ لأن القاضي لا يعرفه، قال: إن علم أن القاضي لا يقبل شهادته، أرجو أن يسعه أن لا يشهد.

١٤٨٤٠- وفي كراهية "العيون": إذا امتنع الشاهد عن الشهادة، فإن كان في الصكّ جماعة ممّن تقبل شهادتهم سواه، وأجابوه، وسعه أن يمتنع عن الشهادة، وإن لم يكن في الصك جماعة سواه، أو كانوا، لكن لا يظهر الحق بشهادتهم عند القاضي، أو كان يظهر، لكن شهادة هذا الشاهد أسرع قبولا، لم يسعه الامتناع؛ لأنه عسى يضيع

(١) أخرجه الحاكم في "المستدرك على الصحيحين" (٤٤٦٥)، والطبراني في "الأوسط" (٣٦٠١)، وذكره العجلوني (٥٠٤) والزيلعي في "نصب الراية" (٤/ ١٣٣)، وذكره الدارقطني في "العلل" (٧١١).

حق المشهود له لو امتنع عن الشهادة، وفى شرح سرقة شيخ الإسلام: إن فى حقوق العباد إذا طلب المدعى الشاهد يشهد له، فأخّر من غير عذر ظاهر، ثم أدّى لا تقبل شهادته، وأشار إلى المعنى، فقال: لما ترك الأداء مع إمكان الأداء، فقد احتمل أنه ترك الأداء بعذر، بأن نسى أو كان له شغل مانع، واحتمل أنه ترك الأداء؛ لأنه أراد على الأداء أجرا، ولم يسلم له الأجر، فإذا أخذ الأجر بعد ذلك أدّاه، فيتمكن فى شهادته نوع تهمة، والتهم مانعة قبول الشهادة، وفى أول الوصايا من "أدب القاضى": لا بأس للإنسان أن يتحرز عن قبول الشهادة وتحمّلها.

١٤٨٤١- وفى باب العين من كراهية "الواقعات": رجل طلب منه أن يكتب شهادة، أو يشهد على عقد، فأبى ذلك، فإن كان الطالب يجد غيره، فللشاهد أن يمتنع، وإلا فلا يسعه الامتناع عنه، وهذا أمر التعديل إذا سئل من إنسان، فإن كان هناك سواه من يعدله، يسعه أن لايجيب، وإلا لم يسعه إلا أن لا يقول فى الحق حتى لايكون مبطلا للحق عسى.

وفى وصايا الفتاوى: كتب صك وصية، وقال للشهود: أشهدوا بما فيه، ولم يقرأ عليهم، قال الفقيه أبو جعفر: لا يجوز لهم أن يشهدوا، حتى يعلموا ما فيه فى قول علمائنا المتقدمين، وفى قول نصير يجوز، وبه كان يأخذ على ابن أحمد.

١٤٨٤٢- وفى "أدب القاضى" للخصّاف: رجل أشهد على صك البيع، أو كتاب وصية، ولم يقرأ عليهم، فإن ذلك لا يجوز، وفرق على أبى يوسف بين هذا، وبين كتاب القاضى، فإن على قوله: علم الشهود بما فى الكتاب ليس بشرط.

والفرق أن فى كتاب القاضى الإشهاد يقع على الكتاب والختم، لا على ما فيه، وقد وجد الإشهاد على الكتاب والختم، أما فى الصك والوصية الإشهاد يقع على البيع أو على الحق الذى فى الصك، والإشهاد على الصك لا يكون إشهادًا على البيع، وعلى الحق الذى فى الصك، والإشهاد على ما فى الصك بأحد أمور ثلاثة: إما بأن يقرأ الكاتب الكتاب على الشهود، حتى يكون ذلك إقرارًا منه، أو بأن يقرأ الكتاب بين يدى الكاتب، وهو يقول: أشهدوا علىّ بما فيه، أو بأن يكتب بين يدى الشهود، والشاهد يعلم ما كتب فيه.

١٤٨٤٣- وفى شهادات "المنتقى" ابن سماعة عن أبى يوسف : إذا كتب الرجل على نفسه بحق، وقال القوم : أشهدوا علىّ بما فى هذا الصكّ، جاز لهم أن يشهدوا عليه، وإن كتب غيره، وقال هو : أشهدوا على بما فيه، لم يجز حتى يقرأه عليهم ثم يشهدهم.

وفى "الأقضية" عن أبى يوسف : إذا كتب الصك والوصية قدّام الشاهد، ودفعه إليه، وأثبت الشاهد شهادته فيه، وبقى الصك فى يد الشاهد إلى وقت الشهادة، حل له أن يشهد على ذلك؛ لأن الصكّ إذا كان فى يد شاهد يؤمن عن التغيير، بخلاف ما إذا كان فى يد غير الشاهد.

١٤٨٤٤- وفى "المنتقى" : رجل كتب كتاب رسالة إلى رجل، فكتب : من فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان سلام عليك، أما بعد : فإنك قد كتبت إلىّ بتقاضى[1] الألف التى كانت لك علىّ، وقد كنت قضيت منها خمسمائة، وبقى لك علىّ منها خمسمائة، أنه جاز لمن علمه أن يشهد بذلك عليه، وإن لم يشهد على نفسه بذلك، وهذا بخلاف ما لو رآه كتب على نفسه ذكر حق لرجل، ولم يشهده على نفسه، لم يكن له أن يشهد عليه؛ لأن الرجل قد يكتب على نفسه كتاب الحق قبل أن يلزم المال، ولا يكتب الرسالة بذلك إلا بعد ما لزم المال.

١٤٨٤٥- وإذا رأى الرجل خطة على صك، ولم يتذكر الحادثة، ذكر الخصّاف فى "أدب القاضى" : فى باب الرجل برئ اسمه وخطه أنه لا يجوز له أن يشهد فى قول أصحابنا، وذكر أيضًا هناك : لو تذكر مجلس الكتابة، وأنه كتب وختم عليه، ولم يتذكر أنه أشهد على المال، لا يشهد أيضًا.

وذكر الفقيه أبو الليث والقاضى المنتسب إلى اسبيجاب والشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى أن على قول أبى حنيفة لا يحل له أن يشهد ما لم يتذكر الحادثة، وعلى قول أبى يوسف ومحمد : يحل، وذكر شمس الأئمة السرخسى قول أبى يوسف مع أبى حنيفة، وهكذا ذكر فى "المنتقى"، والمذكور فى "المنتقى" بشر عن أبى يوسف : لا ينبغى للشاهد أن يشهد، وإن رأى على الصك خطه واسمه إذا لم يتذكر الشهادة، قال :

---

(١) وفى م : بقضاء.

وكذلك قال أبو حنيفة .

١٤٨٤٦- وإذا سمع الرجل إقرار رجل بحق ، فطلب صاحب الحق منه أن يشهد له بالحق ، جاز له أن يشهد بالحق ، وإن لم يعاين سبب الحق ، ويكفيه الإقرار ، وكذلك إذا سمع إقرار إنسان بحق ، حل له أن يشهد به ، وإن لم يشهد عليه ، وسئل ابن مقاتل عن اثنين تحاسبا بين يدى جماعة ، وقالا لهم : لا تشهدوا علينا بما تسمعون منّا ، ثم أقر أحدهما للآخر ، قال : ينبغى للشاهد أن يشهد بما سمع من إقراره ، وهو قول ابن سيرين .

قال الفقيه أبو الليث : وهكذا رُوى عن أبى حنيفة ، وبه نأخذ ، فإذا دخل فى بيت ، وعلم أنه ليس فيه غير الواحد ، ثم خرج وقعد على الباب ، وعلم أنه ليس للبيت مسلك آخر ، فأقر من فى البيت ، حل له أن يشهد على إقراره .

١٤٨٤٧- وفى "واقعات الناطفى" : إذا أشهدت المرأة شهودًا على نفسها لأبيها أو لأختها بمال ، يريد بذلك إضرار الزوج ، أو أشهد الرجل شهودًا على نفسه بمال لبعض الأولاد ، يريد إضرار باقى الأولاد ، والشهود يعلمون ذلك ، وسعهم أن يقبلوا الشهادة ، ويشهدوا بذلك .

وفيه نظر : فقد صحّ أن رسول الله ﷺ قال : فى مثل هذا جور ، وأنا لا نشهد على الجور ، والصحيح أنه لا ينبغى للمرء أن يتحمل مثل هذه الشهادة ، ولكن إذا تحمل ، فله أن يؤدى .

١٤٨٤٨- وفى "فتاوى أبى الليث" : سئل أبو القاسم الصفار عن رجل أخذ سوق التحاسين مقاطعة من السلطان ، وكتب بذلك كتابًا ، وأشهد شهودًا ، هل يحل للشهود أن يشهدوا بذلك؟ قال : لو شهدوا حل لهم اللعن ؛ لأنهم شهدوا بباطل ، ولو شهدوا على إقراره ، لكنهم عرفوا السبب ، فهم ملعونون أيضًا ، ويجب أن يتحرّزوا عن تحمل مثل هذه الشهادة ، وكذا فى كل إقرار هو بناء على الحرام ، وهذا يؤيد ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة .

١٤٨٤٩- جاء رجل إلى رجلين مع أعوان السلطان ، وأقر عندهما أن لفلان

عليّ دين كذا، وفلان من أناس السلطان[1]، ثم طلب منهما الشهادة على إقرار المقر، والمقر يزعم أنه أقر خوفا من المقر له، فإن على الشاهدين أن يبحثا عن هذا الأمر، فإن وقف على أمر فيه خوف أو إكراه، امتنعا عن الشهادة؛ لأن قوله تأيد بمؤيد، وإن لم يقفا على ذلك، يشهدان على إقراره، ويخبران القاضى أنه أقر، ومعه أعوان السلطان، حتى يتأمل القاضى فيه.

١٤٨٥٠- رجل أقر بين يدى قوم إقرارًا صحيحًا أن لفلان عليه كذا وكذا درهمًا، فمضت على ذلك مدة، ثم جاء عدلان، أو ثلاثة إلى هؤلاء الشهود، وقالا -أو قالوا- : لا نشهد أن لفلان على فلان بالدين، فإنه قضاه كله، فالشهود بالخيار، إن شاؤوا امتنعوا عن الشهادة، وإن شاؤوا شهدوا بذلك، وأخبروا الحاكم بالقصة، ثم لا يقضى القاضى بالمال حتى يتفحّص، كذا ذكره فى "فتاوى أبى الليث" عن الفقيه أبى جعفر وأبى نصر بن سلام.

١٤٨٥١- وفى "العيون" عن محمد: إذا شهد عدلان عند شاهدى الدين أن صاحبه قد استوفاه، لا يسعهما أن لا يشهدا بالدين إذا طلب منهما صاحبه، ولكن يشهدان أيضًا بما أشهدهما الشاهدان على شهادتهما بالاستيفاء، أراد به أن يخبرا[2] القاضى بذلك، أما لا يشهدان بذلك على شهادتهما؛ لأنهما ما أشهداهما على شهادتهما.

وفى "الواقعات" عن محمد: أنهما يشهدان أنه كان عليه ذلك، ولا يشهدان أنه عليه، وفى "نوادر هشام" عن محمد: أنهما بالخيار، إن شاء أشهدا وإن شاء لم يشهدا.

١٤٨٥٢- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: إذا شهد الرجل على حق لرجل، ثم أخبره رجلان يثق بهما أنه قد قبض حقه، فليس له أن يمتنع عن أداء الشهادة إذا سأله الطالب أن يشهد بحقه؛ لأنه ليس إليه إن سمع من الشهود أن يحكم به، قال أبو يوسف: وكذلك فى النكاح إذا شهد الرجل على نكاح امرأة، ثم أخبره رجلان يثق بهما

---

(١) وفى م: من أعوان السلطان.

(٢) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: أن يخبرها.

أنه طلقها، والمرأة تجحد النكاح، فسأله الرجل أن يشهد له بالنكاح، لم يكن له أن يمتنع من الشهادة، فلو كان الطالب أخبره بالطلاق فى هذه المسألة، أو بالقبض فى المسألة المتقدمة، ثم دعاه إلى تلك الشهادة، لم يشهد بها.

وفى "المنتقى": قال محمد: إذا شهدت على أصل البيع أو النكاح، أو قتل العمد، أو الإقرار بشيء من ذلك، ثم شهد عندك عدلان على أن الزوج طلقها ثلاثًا بحضرتنا، أو أن امرأة واحدة أرضعتهما، وهما صغيران فى الحولين، أو أن المشترى أعتق الجارية، أو أن البائع أعتقها قبل أن يبيعها من هذا المشترى، أو أن الميت، قد عفى بنفسه قبل أن يموت، وقد أنكرت المرأة أن تكون امرأته، وأنكرت الجارية أن يكون أمة المشترى لم يسعك أن تشهد على أصل القود والنكاح، وأشباه ذلك.

ألا ترى أنهما لو شهدا عند الزوجة بالطلاق، أو شهدا عند الأمة بالعتق، لم يسعهما أن يدعياهما يجامعاهما، فكذا لا يسع للشاهد أن يشهد وإن كان ذلك حق قبله، وإن كان الشاهد بذلك واحدًا عدلا، لم يسع للشاهدين أن يمتنعا عن أداء الشهادة الأولى، ولم يسع للزوجة والأمة منع الزوج والمولى عن الجماع.

قال: وما أقر به الرجل من مال أو ما أشبه ذلك؛ بين يدى رجل لرجل آخر، ثم أنكر فطلب المقر له شهادته على إقراره، وأخبر الشاهد عدلان بأن ذلك الذى أقرّ به المقر، قد صار له ببيع أو هبة، قال: يشهد الشاهد بما كان يعلم من ذلك، ولايلتفت إلى قول العدلين، قيل: إذا وقع فى قلبه أن المخبرين صادقان، لا يسعه أن يشهد[1] بما كان يعلم من ذلك.

١٤٨٥٣- وفى "فتاوى الفضلى": إذا شهد عنده شاهد الدين عدلان أن الطالب أبرأ المطلوب، لا يسعهما أن يمسكا عن الشهادة إلا أن يكونا سمعا إقرار الطالب بالإبراء أو الاستيفاء.

وفى "الواقعات": إذا علم الشاهدان أن الدار للمدعى، فشهد عندهما شاهدان عدلان أن المدعى باع الدار من الذى فى يديه، قال محمد: يشهدان بما علما، ولا يلتفتان إلى شاهدى البيع، ولو شهد عند شاهدى النكاح، أو شاهدى شراء العبد عدلان

---

(١) وفى الأصل: ليشهد.

أنه طلقها ثلاثًا ، أو بالعتق على البائع ، لا يشهدان فى هاتين المسألتين .

وبعض مشايخ زماننا اختاروا فى هذه المسائل كلها : أنه إن شهد عند الشاهد بذلك عدلان ، ووقع فى قلبه أنهما صادقان ، ليس له أن يشهد بما علم من أصل الحق ، وإن شهد عنده شاهد واحد أو شاهدان ، إلا أنه لم يقع فى قلبه صدقهما ، فله أن يشهد بما علم من أصل الحق .

١٤٨٥٤- وإذا تزوّج الرجل امرأة بشهادة شاهدين على مهر مسمى ، ومضى على ذلك سنون ، وولدت أولاد ، أو مضى سنون ، ثم مات الزوج ، ثم إنها استشهدت الشهود أن يشهدوا على ذلك المسمى ، وهم يتذكرون ذلك ، استحسن مشايخنا أنه لا يسعهم أن يشهدوا بعد اعتراض هذه العوارض من ولادة الأولاد ، ومضى الزمان ؛ لاحتمال سقوط كلّه ، أو بعضه ، وبه كان يفتى الصدر الكبير برهان الأئمة ، ثم رجع وأفتى ، كما هو جواب الكتاب أنه يسعهم أن يشهدوا ، وعليه الفتوى .

١٤٨٥٥- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : فى رجل باع ، واشترى ، وهو على حال فساد يستحق أن يحجر عليه ، لم يسع للرجل إذا ادّعى للشهادة على مثل هذا أن يشهد ؛ لأن من رأى الحاكم أن لا يجيز ذلك ، قال : قلت فإن كان الذى يريد أن يشهدنى على دفع المال إلى الوارث ، وهو على فساد يجب أن يحكم الحاكم عليه ، قال : وسعك أن تشهد عليه ، وسعك أن لا تجيب إلى الشهادة على ذلك ، فكأنه خيّره بين أن يجيب وبين أن لا يجيب .

وفى "المنتقى" : رجل فى يديه عبد ، لا يعبّر عن نفسه ، قال : الذى فى يديه هو عبدى ، وسمع ذلك منه رجل ، ثم تكلم الغلام ، وقال : أنا حرّ ، وسع لذلك الرجل أن يشهد أنه ، وإن لم يكن سمع منه ذلك ، لم يسعه أن يشهد أنه عبده .

وفيه أيضًا عن محمد : رجل عنده شهادة لرجل ، وهو محدود فى قذف أو عبد ، وسعه أن يشهد ويكتم أنه عبدٌ أو محدودٌ فى قذف حتى يقضى للمشهود له بالألف الذى يدعيه .

١٤٨٥٦- إذا شهد الرجل على ملك دار بعينها إلا أنه لا يعرف الحدود ، يجوز أن يسأل الثقات عن حدودها للشهادة ، لكن يشهد بالدار على إقراره ، ولا يشهد

بالحدود على إقراره، حتى لايكون كذبًا، بل يفسّر الحدود من ذات نفسه، ويجوز ذلك.

١٤٨٥٧- قال محمد فى "الجامع الصغير": رجل فى يديه شيء سوى العبد والأمة، وسعك أن تشهد أنه له، وقد ذكرنا قبل هذا أن علم الشاهد بالمشهود به شرط جواز أداء الشهادة، وأقوى الأدلة التى يحصل بها العلم المعاينة، فيجب اعتباره إلا إذا تعذر، فحينئذٍ يعدل عنها، ويعتمد على دليل آخر دونها، والملك فى الأشياء المعاينة لأشخاص معيّنين لا يعرف من طريق الإحاطة، وإنما يعرف بطريق الظاهر بدليله، واليد بلا منازعة دليل الملك، بل لا دليل لمعرفة الملك فى حق الشاهد سوى اليد؛ لأن أكثر ما فى الباب أن يُعاين أسباب الملك من الشراء أو الهبة، أو ما أشبه ذلك، إلا أن الشراء أو الهبة إنما يُفيد الملك إذا كان البائع، أو الواهب مالكًا إنما يعرف كون الواهب مالكًا بيده بلا منازعة، وإذا كان اليد بلا منازعة دليلا على الملك كان للشاهد أن يعتمد عليه، ويشهد بالملك لصاحب اليد اعتبارًا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة.

ثم إن محمدًا على رواية "الجامع الصغير" جعل اليد فيما سوى العبد والأمة دليل الملك، ولم يجعله فى العبد والأمة دليل الملك، ولم يفصّل بين الصغير والكبير، وروى ابن سماعة عنه أنه فرّق بينما إذا كان العبد صغيرًا لا يعبّر عن نفسه، وبينما إذا كان كبيرًا أو صغيرًا يعبّر عن نفسه، فجعل اليد على الصغير الذى لا يعبر عن نفسه دليل الملك، ولم يجعل اليد على الكبير، وعلى الصغير الذى يعبّر عن نفسه دليل الملك.

وجه ما ذكر فى "الجامع": أن العبد فى يد نفسه حتى إذا ادّعى أنه حرّ الأصل، قبل قوله، فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة، حتى يعتبر لإطلاق الشهادة، والاستخدام لا يصلح دليلا على الملك أيضًا؛ لأن الحر قد يستخدم الحر، وقد يخدمه متطوعًا إلا ذا كان العبد بحال لا يعبّر عن نفسه، كما هو رواية ابن سماعة، فحينئذٍ يجوز له أن يشهد بالملك؛ لأنه لايد له على نفسه، فثبت يد المولى عليه حقيقة، وصار كالثياب والبهائم.

وعن أبى يوسف: أنه سوّى بين العبيد والإماء، وبين سائر الأشياء، وجعل اليد فى الكل دليل الملك، وهكذا رُوى عن محمد، وهكذا روى أبو يوسف فى "الأمالى"

عن أبى حنيفة، وذكر بعض المشايخ فى "شرح الجامع الصغير"، فصل العبد والأمة، وقال: إن كان الرأى يعرف أنه رقيق يسع له أن يشهد لذى اليد بالملك؛ لأن الرقيق لا يكون فى يد نفسه، بل يكون فى يد من هو مستولى عليه من حيث الظاهر، أما إذا لم يُعرف أنه رقيق لا يسعه أن يشهد بالملك لذى اليد بمجرد اليد؛ لأن الحر قد يخدم الحر طوعًا كأنه عبده، فلا يصح الاستدلال به على الملك.

ثم إن محمدًا شرط فى بعض الروايات مع اليد شيئًا آخر، وهو أن يقع فى قلب الراى أن العين لصاحب اليد، فقال: إذا رأيت فى يدى رجل ثوبًا أو متاعًا، فوقع فى قلبك أنه له، ثم رأيته بعد ذلك فى يدى غيره، وسعك أن تشهد أنه للأول، وإن لم يقع فى قلبك أنه له برؤيتك إياه فى يده، لم يسعك أن تشهد أنه له، وهكذا رُوى عن أبى يوسف؛ وهذا لأن الأصل اعتبار علم اليقين؛ لجواز الشهادة، فإن تعذر اعتبار علم اليقين، أمكن اعتبار علم القلب، وعن هذا قلنا: إذا رأى درة فى يد كناس أو حجام، أو رأى كتابًا فى يد جاهل ليس فى آباءه من هو أهل لذلك، لا يحل له أن يشهد بالملك له؛ لأن الذى يسبق إلى قلب كل أحد أنه كاذب فى دعواه أنه له، وأبو حنيفة لم يشترط ذلك فى رواية كأنه رُوى عنه أنه، قال: إذا كانت الدار أو العبد أو الثوب فى يدى رجل، وسعك أن تشهد أنه له، ولم يقل: ووقع فى قلبك أنه له.

وذكر الصدر الشهيد حسام الدين فى "شرح الجامع" فى آخره: أنه لا تحل له الشهادة بمجرد اليد، وإنما يحل له إذا رآه فى يده يتصرف فيه، وكان الفقيه أبو القاسم الصفّار يقول: إذا كان الكون فى يده على ممرّ الزمان، وكانت الشبهة عنها مرتفعة، ولم يكن رأى هنا خصمًا يخاصم فيها، فللشاهد أن يشهد، وذكر القدورى فى شرحه عن أبى حنيفة وأبى يوسف: إذا رأى الرجل فى يدى رجل شيئًا، وعلم أنه له يعرفه بالقلب، ومكث ذلك عنده زمانًا، فليشهد له بالملك.

قال القدورى: وإنما يعتبر أن يبقى فى يده زمانًا ليحصل تصرّفه تصرف المالكين، فيغلب على الظنّ أنه له، وشرط الخصّاف شرائط أخرى لم يشترط أحد تلك الشرائط، فقال: إنما يشهد على الملك إذا رآه فى الدار يرمّها ويبنى فيها، ويسكن فيها، ويؤاجرها، ويحدث فيها أشياء لا يتصرف أحد على يده فى ذلك، ويقال فيما بين الناس: إن هذا

ملكه .

وبعض مشايخنا شرطوا شرطًا آخر ، وهو أن يدّعى ذو اليد الملك لنفسه ، بأن يقول حال ما رآه فى يده : هذا ملكى ، فأما إذا لم يعلم منه دعوى الملك حال ما رآه فى يده ، فإنه لا يشهد له بالملك ، وإن رآه يتصرف فيه ، وفى "المنتقى" : لم يشترط هذا الشرط فى بعض هذه المسائل ، وقال : فى مسألة منها ، ولم يقل : هو لى .

١٤٨٥٨- وصورة ذلك : إذا رأى ثوبًا فى يد رجل ، ولم يقل هو ثوبى ، ثم ادّعاه رجل ، وسعه أن يشهد أنه ثوبه ، وكان القاضى الإمام أبو على النسفى يقول : لا بدّ لحل الشهادة من أن يقع فى قلب الرائى أنه ملكه ، وكان يقول : وإن رآه يتصرف فيه ، والناس يقولون : إنه ملكه إلا أنه وقع فى قلب الرائى ، أنه ملك غيره لا ملكه ، فإنه يتصرف فى ذلك بأمر ذلك الغير لايحل له أن يشهد بالملك ، وعليه فتوى كثير من مشايخنا .

ثم هذه المسألة على أربعة أوجه : أحدها : أن يُعاين الشاهد المالك والملك ، بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه ، وعرف الملك بحدوده وحقوقه ، ورآه فى يده يتصرف تصرف الملاك ، ويدّعى أنه له ، ويقع فى قلبه أنه له ، حل له أن يشهد بالملك ؛ لأن هذه شهادة عن علم وبصيرة ، وإن لم يُعاين المالك ولا الملك ، ولكن سمع من الناس قالوا : لفلان ابن فلان فى قرية كذا ضيعة حدّها كذا وكذا ، لا يحل له أن يشهد له بالملك ؛ لأنه مجازف فى هذه الشهادة ، وإن عاين المالك ، وعرفه معرفة تامّة ، ولكن لم يعاين الملك ، بأن سمع من الناس أن لهذا الرجل فى قرية كذا ضيعة حدودها كذا وكذا ، وهو لم يعرف تلك الضيعة ، ولم يعاين يده عليها ، لايحل له أن يشهد له بالملك ، وإن عاين الملك دون المالك ، بأن عاين ملكًا محدودًا ينسب هذا الملك إلى فلان ابن فلان الفلانى ، وهو لم يعاين فلانًا بوجهه ، ولايعرفه بنسبه ، فالقياس أن لا تحل له الشهادة .

وفى الاستحسان : يحل ؛ لأن الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع ، فكانت هذه شهادة معلومة لمعلوم يوضحه أن صاحب الملك ربما يكون امرأة لا تبرز ولا تخرج ، فلو اعتبرنا تصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك ، لبطل حقها ، فاكتفى فيه بالتسامع ، فإذا سمع أن هذه الضيعة لفلانة ، وفى يدها ووقع فى قلبه أن الأمر كما

سمع، حل له أن يشهد بالملك لها، كذا ذكر الخصاف في "أدب القاضي".

١٤٨٥٩- قال في "المنتقى": إذا رأيت رجلا على حمار يومًا، لم يشهد أنه له، ولو رأيته على حمار خمسين يومًا أو أكثر، ووقع في قلبي أنه له، شهدت أنه له، ولو وقع في قلبي أنه عارية ما شهدت له.

١٤٨٦٠- قال محمد في "المنتقى": إذا رأيت ثوبًا أو متاعًا[1] في يدي رجل، فوقع في قلبك أنه له، ثم رأيته بعد ذلك في يدي غيره، فشهد عندك[2] شاهدان عدلان أنه للذي في يديه اليوم كان أودعه الأول بمحضر منهما، لم يسعك أن تشهد أنه للأول، قال: لأنه إذا شهد العدلان بما وصفت لك، لم يقع في قلبك، فلا يسعك أن تشهد للأول، وإن شهد بذلك عدل واحد، وسعك أن تشهد أنه للأول ما لم يقع في قلبك أنه صادق، يعني هذا الشاهد، وإذا وقع في قلبك أنه صادق، فلايشهد به للأول؛ لأن الذي وسعك أن تشهد به للأول، فكأنه قد زال عن قلبك بهذه الشهادة، فكأنه لم يقع في قلبك قط أنه للأول.

١٤٨٦١- وفي شرح شهادات "الجامع": أن من عاين دابة تتبع دابة، وترضع منها، حل له أن يشهد بالدابة المرتضعة لصاحب الدابة الأخرى وبالنتاج، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح دعوى الأصل، وهو أعلم.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٤٨٦٢- قال محمد: ولا يجوز الشهادة على الأملاك، وعلى أسبابها نحو البيع والهبة والصدقة بالشهرة والتسامع، وتجوز الشهادة بالشهرة والتسامع في أربعة أشياء: النسب، والنكاح، والقضاء، والموت، والقياس في هذه الأشياء أيضًا أن لا تحل الشهادة بالتسامع؛ لأن شرط جوازها علم معاينة، قال عليه السلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهَدْ وإلا فدعْ» فقد شرط لحل الشهادة علم معاينة؛ لأن العلم بالشمس علم معاينة، ولم يوجد، إلا أنّا استحسنا، وجوّزنا الشهادة بالشهرة والتسامع في هذه

(١) هكذا في ظ، وكان في م: أو صاعا.

(٢) هكذا في م، وكان في ظ: فشهد شاهد عدل أنه للذي.

الأشياء الأربعة للتوارث والتعامل بين الناس ؛ ولأنه يتعذر الوقوف على حقيقتها ، فاكتفى فيها بالدليل الظاهر ، وهو الشهرة والتسامع ، فإنه اقترن بهذه الأشياء ما يوجب الشهرة ، والشهرة أقيمت مقام العيان في بعض الصور ، كما في باب الأخبار ، فإن الأخبار إذا اشتهرت من رسول الله ﷺ كانت بمنزلة المسموع منه عليه السلام ، حتى جاز التخصيص ، والنسخ بها ، ثم الشهرة التي تقوم مقام المعاينة الشهرة في الطرفين ، فإن الأصل في هذا الباب إخبار النبي عليه السلام ، وإنما يثبت حد الشهرة لإخبار النبي عليه السلام بوجود حد التواتر في طرفين ، أما في طرف الأول والأوسط ، أو في طرف الأوسط والآخر ، أو في طرف الأول والآخر ، وفي هذه الأشياء وجد الاشتهار في طرفين أيضًا ، في طرف الوقوع وفي طرف البقاء ، فيقام الشهرة فيها مقام المعاينة .

١٤٨٦٣- جئنا إلى بيان صور هذه المسائل ، فأما النسب فصورته : إذا سمع الرجل من الناس أن فلانًا ابن فلان الفلاني وسعه أن يشهد بذلك ، وإن لم يعاين الولادة على فراشه للتوارث والتعامل ، فإنا نشهد أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه بن أبي قحافة وعمر رضي الله بن الخطاب وعثمان رضي الله عنه بن عفّان وعلي رضي الله عنه ابن أبي طالب ، ونحو ما رأينا أبا قحافة ولا خطابًا ولا عفانًا ولا أبا طالب ، وما أدركناهم ، وكذلك الغلام منا إذا أدرك يسمع الناس يقولون : فلان ابن فلان ، ولم يدرك هذا الغلام أباه ، فإنه يشهد أنه فلان ابن فلان .

ولأن سبب النسب العلوق منه ، وأنه لا يمكن الوقوف عليه حقيقة ؛ لأنه أمر باطن لايعلمه إلا الله تعالى ، وسبب العلوق وهو الوطء يكون سرًا من الناس لايعرفه إلا الواطئان ، والولادة لا يعرفها غير القابلة ، فتعذر الوقوف على حقيقته ، فلم يكلّف الشهود معرفة حقيقته ، واكتفى فيه بالدليل الظاهر ، وهو الشهرة وقوعًا وبقاء ، والنسب يشتهر وقوعًا وبقاء .

أما وقوعًا فإن الولادة يكون بين جماعة من النسوان غالبًا ، ثم يهنى بعد ذلك لأجلها ، ويتخذ لذلك وليمة ، وهو العقيقة ، وأما بقاء فلأن يمضي الزمان يشتهر نسبه فيما بين الناس ، فيقولون : هذا بن فلان ، فيقوم مقام المعاينة .

١٤٨٦٤- وأما النكاح فصورته : إذا رأى رجلا يدخل على امرأة ، وسمع الناس

أن فلانة زوجة فلان، يسعه أن يشهد أنها زوجته، وإن لم يعاين عقد النكاح للتوارث، فإنا نشهد أن عائشة رضى الله عنها كانت زوجة النبى ﷺ، وفاطمة كانت زوجة على رضى الله عنهما، ولم يعاين نكاحهما؛ ولأنه تعذر الوقوف على حقيقته؛ لأن جواز النكاح يبتنى على الملة بدليل أن نكاح المرتد لا يجوز، وأنه أمر فى باطنه؛ لأن اعتقاده لا يقف على حقيقته غير الله تعالى، فاعتبرنا الظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة، فاكتفينا بالشهرة والتسامع فيه، فالنكاح مشتهر وقوعًا وبقاء، أما وقوعًا فإنه يكون بمحضر من الشهود، ويتخذ لذلك وليمة، وأما بقاءً فلأن الناس يرونه يدخل عليها، وينفق عليها، كما يفعل الأزواج، ويقولون فى ما بينهم: هذا زوج هذه.

١٤٨٦٥- وأما القضاء فصورته: إذا رأى رجلا قضى لرجل بحق من الحقوق، وسمع من الناس أنه قاضى هذه البلدة، وسعه أن يشهد أن قاضى بلدة كذا قضى لفلان، وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه قضاء هذه البلدة للتوارث، فإنا نشهد أن شريحًا كان قاضيًا، وعليًا كان قاضيًا، ولم ندركهما، ولم نعاين تقليدهما؛ ولأنه تعذر الوقوف على حقيقته؛ لأن صيرورته قاضيًا يبتنى على الملة، فإنه إذا كان مسلمًا صلح قاضيًا، ونفذ قضاءه بين المسلمين، وإلا فلا، وهذا فى اعتقاده لا يطلع عليه إلا الله، فاعتبر الظاهر، وهو الشهرة وقوعًا وبقاء، فالقضاء يشتهر وقوعًا وبقاء، أما وقوعًا فلأن التقليد غالبًا يكون بين يدى جماعة، وبعد ذلك يكتب له منشور، ويقرأ على رؤوس الخلائق، ويجتمع الناس إليه كل يوم لفصل الخصومات بينهم، وذلك يفيد من العلم مثل ما يفيد من العيان، فجازت الشهادة عليه بالشهرة.

١٤٨٦٦- وأما الموت فصورته: إذا سمع الناس يقولون أن فلانًا مات، أو رآهم صنعوا به ما يصنع بالموتى، يسعه أن يشهد على موته، وإن لم يعاين ذلك؛ للتوارث، فإنا نشهد أن رسول الله توفى، وتوفى الصحابة، ولم ندرك وفاتهم، ولم نعاين ذلك؛ ولأنه تعذر الوقوف على حقيقته؛ لأنك ترى إنسانًا عليه زىّ الموتى وسيماهم وهى حى حقيقة كالذى أخذته السكتة ونحوه، وترى آخر فى صورة أحياء وهو ميت حقيقة، كما كان سليمان صلوات الله عليه مات، ومضى عليه زمان طويل، ولا يعلم به أحد من أصحابه، فإذا تعذر الوقوف على حقيقته اكتفينا بالظاهر، وهو الشهرة وقوعًا وبقاءً، فالموت يشتهر وقوعًا وبقاء، أما وقوعًا فإن الموت يكون بمحضر جماعة من الناس، وبعد

ذلك يجتمع الناس للصلاة عليه، ولدفنه وتعزيته، فيكفى بها؛ لجواز أداء الشهادة عليه بالتسامع؛ ولأن لهذه الأشياء أحكامًا تبقى بعد انقضاء قرون، فلو لم تجوز الشهادة بالتسامع لتعطلت تلك الأحكام.

قال ابن سماعة عن محمد فى الموت إذا أخبرك واحد عدل بالموت، وسعك أن تشهد به، وأما فى النسب، فلا يسعك أن تشهد به حتى يشهد عندك عدلان، وهذا قول أبى يوسف ومحمد، وعلى قول أبى حنيفة هذا على ما يقع فى القلب، وهكذا روى بشر بن الوليد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: أنه لا يحل له أن يشهد بالنسب حتى يسمع ذلك من العامة.

والجواب فى النكاح والقضاء نظير الجواب فى النسب، فقد فرّقوا جميعًا بين الموت وبين الأشياء الثلاثة، فاكتفوا بخبر الواحد فى الموت دون الأشياء الثلاثة.

ووجه الفرق أن الموت قد يتفق فى موضع لا يكون ثمّة إلا واحد، فلو قلنا بأنه لا يسمع الشهادة على الموت بإخباره، ضاعت الحقوق المتعلقة بالموت، وبطلت، بخلاف هذه الأشياء الثلاثة؛ لأن الغالب فيها أن يكون بين الجماعة، أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة الاثنين، وتقليد الإمام القضاء يكون بين الجماعة فى الغالب، وكذلك الولادة، فاشتراط العدد فيها لايؤدّى إلى تضييع الحقوق.

وكان الفقيه أبو جعفر البلخى يفرّق بين الموت والنسب من حيث إن الموت مما يعاين، فقد أخبر عن عيان، فكان فيه زيادة قوة، فلا يشترط فيه العدد، فأما النسب فلا يتصور فيه المعاينة، فتمكن فى خبره نوع شبهة، فلا يكتفى فيه بقول الواحد.

ومن المشايخ من قال: لا فرق بين الموت والنسب والقضاء والنكاح، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع مسألة الموت أنه أخبره واحد عدل موثوق به، ولم يذكر العدل، والموثوق فى الأشياء الثلاثة، ولو كان الواحد المخبر فى الأشياء الثلاثة عدلا موثوقًا به، حل له أن يشهد، ومنهم من قال بالفرق، والفرق ما ذكرنا.

ثم عند أبى يوسف ومحمد تجوز الشهادة بخبر المثنى فى النسب والقضاء والنكاح، وعلى قول أبى حنيفة: إنه لا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر.

وجه قولهما : إن خبر الاثنين العَدلين حجة مطلقة لو شهدا به عند القاضى ، قضى بشهادتهما ، فإذا شهد عنده حل له أداء الشهادة أيضًا ؛ لأن جواز الشهادة يبتنى على العلم ، كما أن جواز القضاء يبتنى على العلم ، فإذا جاز القضاء بهذا العلم ، فلأن يجوز الشهادة به والقضاء أقوى ؛ لأن فيه إلـزام الولى ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : بأن جواز الشهادة يبتنى على العلم ، وبخبر المثنى لايحصل العلم ، لبقاء شبهة الكذب فى خبرهما ، وإن كانا عدلين ، فإما بخبر الجماعة التى لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، يحصل العلم بحيث لا يشك السامع فى وجود المخبر به ، فإذا أخبره جماعة يحصل له العلم بخبرهم ، ويقع فى قلبه صدقهم ، حل له أداء الشهادة ، وإلا فلا يحل له .

ثم فى الأشياء الثلاثة إذا ثبت الشهرة والاستفاضة عندهما بخبر عدلين ، يشترط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة ، كذا ذكره الخصّاف وشيخ الإسلام ، وبه أخذ الصدر الشهيد برهان الأئمة جدّى ؛ لأن لفظة الشهادة توجب زيادة علم شرعًا لا يوجبه لفظة الخبر ، ألا ترى أن القاضى لا يقبل ما لم يأتِ الشاهد بلفظة الشهادة ، وفى فصل الموت لما ثبت الشهرة بخبر الواحد بالإجماع ، لا يشترط فيه لفظة الشهادة ، بل يكتفى فيه بمجرد الإخبار ، إما لأن لفظة الشهادة من الواحد لايوجب زيادة العلم حتى لا يقضى القاضى بها ، أو لأنه لما سقط اعتبار العدد ، وتأثير العدد فى إفادة زيادة العلم أكثر من تأثير لفظة الشهادة لأن يسقط اعتبار لفظة الشهادة أولى .

وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع ، ذكر الخصاف فى "أدب القاضى" : أنه يجوز ؛ لأن هذا أمر يشتهر ، ويتعلق به أحكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان ، بخلاف الزنا ، حيث لا تجوز الشهادة فيها بالتسامع ؛ لأن الزنا فاحشة ، والشهادة بالتسامع إنما جاز احتيالا لإحياء حقوق الناس ؛ لأن الذين عاينوا لو ماتوا ، مضى عليه قرن بعد قرن ، لو لم تجز الشهادة بالتسامع أدى إلى إبطال حقوق الناس ، والفاحشة لا يحتال إلى إثباتها .

وأما الشهادة على المهر بالشهرة والتسامع فقد ذكر فى نكاح "المنتقى" : أنه يجوز ، وهكذا ذكر فى شهادات "المنتقى" ، وصورة ما ذكر فى الشهادة قال هشام : سمعت محمدًا يقول فى قوم خرجوا من ملاك رجل ، وفى الخارج قوم لم يشهدوا الملاك ،

فأخبروهم أنها زُوّجت على كذا من المهر، وسع للخارجين أن يشهدوا بالمهر، ويثبتون الشهادة على أن المهر كذا وكذا، ولو قالوا: سمعنا الذين شهدوا الملاك يقولون: المهر كذا وكذا، لا تقبل شهادتهم.

١٤٨٦٧- وفى الإملاء عن محمد: أن الشهادة على المهر بالشهرة لا تجوز، وأما الشهادة فى الأملاك لا تحل بالشهرة والتسامع فى قول علمائنا إلا فى فصل واحد، ذكرها الخصاف فى "أدب القاضى"، وقال الشافعى: يحل، وأجمعوا على أن الشهادة بالشهرة والتسامع فى أسباب ملك اليمين لا يحل، كالبيع والهبة والصدقة، وذهب الشافعى فى ذلك إلى أن الشهرة والاستفاضة تتحقق فى الأملاك، كما تتحقق فى الأشياء الأربعة، فإنا نقول: عضباء كانت ناقة رسول الله ﷺ، وهذا دار أبى نعمان، ودار السامانية، كما فى النسيب يقول عمر ابن الخطاب وعلى بن أبى طالب، والشهرة والاستفاضة أقيم مقام العيان، كما فى الأشياء الأربعة، بخلاف الأسباب من البيع وغيره؛ لأنها لا تبقى فى نفسها لتشتهر؛ لأنها كلام قد انقضى، ومضى وقوعًا قد يشتهر، وقد لا يشتهر، فإنه قد يقع بين جماعة، وقد لا يقع، فلا تثبت الشهرة والاستفاضة فى حق الأسباب، فأما الملك مما يبقى، وما بقى اشتهر واستفاض.

وعلماءنا ذهبوا فى ذلك إلى أن الشهرة أقيمت مقام العَيان فيما يشتهر وقوعًا وبقاء، والاشتهار فى الأملاك إن كان يوجد بقاء لا يوجد وقوعًا فى الغالب، وقد يشتهر وقوعًا، وقد لا يشتهر، والشهرة إنما يقوم مقام العيان فيما يستمر وقوعًا وبقاء، بخلاف الأشياء الأربعة؛ لأنها تشتهر وقوعًا وبقاء فى الغالب، فيثبت حد الشهرة فى الأشياء الأربعة، والشهرة أقيمت مقام العَيان، كما فى الأخبار.

١٤٨٦٨- وإذا شهد شاهدان أن فلانًا مات، وترك هذه الدار ميراثًا لابنه هذا، لا نعلم له وارثًا آخر، إلا أنهما لم يدركا فلانًا للميت، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان بالملك للميت بالشهرة والتسامع، بيانه أن الوراثة خلافه، فما لم يثبت الملك للميت لا يتصور فيه الخلافة للوارث والشهود، وإذا لم يدرك الميت لم يعاين سبب الملك فى حقه، ولا اليد المتصرقة، فتعين أن تكون الشهادة بالشهرة والتسامع، والشهادة على الملك بالشهرة والتسامع لا تجوز.

١٤٨٦٩- وأما الشهادة على الوقف : هل تحل بالشهرة والتسامع؟ فلا رواية لهذا ، وقد اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : يحل بالشهرة والتسامع ؛ لأنه مما يشتهر وقوعًا فى الغالب وبقاء لا محالة ، فصار كالأشياء الأربعة .

وبعضهم قالوا : لا يحل ؛ لأنه إن كان يشتهر بقاء ؛ لأن ما بقى اشتهر لا يشتهر وقوعًا لامحالة ، وقد يشتهر ، وقد لا يشتهر ؛ لأن الوقف قربة يتقرب بها إلى الله تعالى ، والإخفاء بالقرب أكثر من الإعلان بها ، فيصير بمنزلة الأملاك من هذا الوجه .

ومن المشايخ من قال : تجوز الشهادة على أصل الوقف بالتسامع ، أما على شرائط الوقف لا ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله ، وهو الأصح ؛ لأن أصله يشتهر ، أما شرائطه لا يشتهر ، وأما الشهادة بالعتق بالشهرة والتسامع لايحل عندنا ، وعند الشافعى يحل ؛ لأنه مما يشتهر بقاءه ، والشهرة بقاء عنده يكتفى لحل الشهادة ، وعندنا لا يكتفى ، بل يشترط الشهرة بقاء ووقوعًا ، والعتق إن كان يشتهر بقاء لا يشتهر وقوعًا لا محالة ؛ لأن العتق قربة ، وقد ذكرنا أن الإخفاء بالقرب أكثر من الإعلان بها .

١٤٨٧٠- وأما الشهادة بالولاء بالشهرة والتسامع لا يحل عند أبى حنيفة ما لم يُعاين عتق المولى ، وهو قول أبى يوسف الأول ، وعلى قوله الآخر : يحل ، وقول محمد مضطرب فى بعض الروايات مع أبى حنيفة ، وفى بعضها مع أبى يوسف ، فأبو يوسف ذهب فى ذلك إلى أن الولاء بمنزلة النسب ، قال عليه السلام : «الولاء لحمة كلحمة النسب» والشهادة فى الأنساب يحل بالشهرة والتسامع ، فكذا فيما له حكم النسب ، ألا ترى أنا نقول : نافع مولى ابن عمر ، وعكرمة مولى ابن عباس ، كما يُقال : عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وأبو حنيفة قال : إنما حل الشهادة بالشهرة والتسامع فى النسب ؛ لأنه يشتهر وقوعًا وبقاء فى الغالب على ما بينّا ، فأما الولاء إن كان يشتهر بقاء لا يشتهر وقوعًا لا محالة فى الغالب ؛ لأن الولاء يثبت بالعتق ، والعتق قد يوقع على سبيل الشهرة ، وقد يقع على سبيل الإخفاء ؛ لأنها قربة ، والإخفاء فى القُرب التى يتطوع بها أصل ، وإذا كان يشتهر بقاء لا وقوعًا كان الولاء بمنزلة الأملاك من هذا الوجه .

١٤٨٧١- وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى "شرح أدب القاضى" للخصاف : أن الشهادة على العتق مختلف فيه بين أصحابنا ، كالشهادة على الولاء ، قال فى "كتاب

الأقضية" : وأما الولاء فلا أشهد به، وإن كان مشهوراً إذا كان بعض الورثة الذى أضافوا إليه الولاء يزعمون أنه رقيق لهم عند أبى حنيفة ومحمد، وإن لم يدعوا رقه شهدت به؛ لأنهم إذا ادّعوا رقه، وهو مدعى الولاء، فقد أقر بملك أبيهم حيث ادعى الولاء بسبب إعتاقه، فيثبت الملك عليه بإقراره، ولم يثبت الإعتاق مع إنكار الورثة، فحاجته بعد ذلك إلى زوال الملك الثابت لهم، ولا تحل الشهادة على ذلك إلا بالمعاينة للعتق، فأما إذا لم يدعوا رقه لم يثبت لم عليه ملك، ولا حق ملك، فبعد ذلك هو يدّعى عليهم الانتساب إلى أبيهم بسبب الولاء، وهم منكرون، فتقبل الشهادة عليه بالشهرة، كما فى النسب، وإذا شهد شاهدان على موت الرجل، فهذا على وجهين : إما إن أطلق الشهادة إطلاقًا، ولم يثبتا شيئًا، أو قالا : لم نعاين موته، إنما سمعنا من الناس، ففى الوجه الأول تقبل شهادتهما، ويحمل على سبب يطلق لهما أداء الشهادة، وهو الشهرة أو المعاينة.

وفى الوجه الثانى إن لم يكن موت فلان مشهوراً، لا تقبل الشهادة بلاخلاف؛ لأن المطلق لأداء الشهادة على الموت المعاينة أو الشهرة، ولم توجد المعاينة بإقراره، والشهرة لم تثبت بقولهما سمعنا من الناس؛ لأن السماع قد يكون على وجه تثبت به الشهرة، بأن سمنا من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، أو سمعا من واحد عدل، وقد يكون على وجه لا تثبت به الشهرة، بأن سمعا من واحد غير عدل، أو من جماعة ليسوا بعُدول، فلهذا لا تقبل الشهادة، وإن كان موت فلان مشهوراً.

ذكر فى "الأصل" وفى "كتاب الأقضية" : أنه تقبل الشهادة، وكذا ذكر الخصّاف فى "أدب القاضى"، وقد قال بعض مشايخنا : لا تقبل شهادته، وبه أخذ الصدر الشهيد حسام الدين، وإن قالا : نشهد أن فلانًا مات، أخبرنا بذلك من شهد موته ممن يوثق به جازت شهادتهما، هكذا ذكر فى "كتاب الأقضية"؛ لأنهما بينّا أنهما شهدا عند وجود ما يطلق لهما أداء الشهادة؛ فلا يكون قدحًا وطعنًا فى شهادتهما، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ، بعضهم قالوا : لا تجوز هذه الشهادة؛ لأنهما ما أسندا هذه الشهادة إلى دليل يوجب العلم قطعًا، والعلم قطعًا شرط لجواز الشهادة؛ لما تلونا من نص الكتاب، فإن اكتفى بهذا الدليل مع هذه الشبهة ؛ لإطلاق أداء الشهادة لا يدل على أنه إذا بيّن للقاضى أن القاضى يكتفى فيه؛ لأن الضرورة تمكنت فى حق الشاهد، لا فى حق القاضى.

ونظيره أن من رأى عينًا فى يد إنسان يتصرف فيه تصرف الُملاك، حلَّ له أن يشهد بالملك لذى اليد، ولو شهد عند القاضى، وقال: إن هذا العين ملكه؛ لأنى رأيته فى يد يتصرف فيه تصرف الملاك، لا تقبل شهادته؛ لما ذكرنا، كذا هذا، وقد عثرنا على الرواية أنه يجوز الشهادة، وهى رواية "كتاب الأقضية".

وكذلك إذا قالا: دفعنا أو شهدنا جنازته؛ لأنه لا يدفن إلا الميت، ولا يوضع على الجنازة إلا الميت، فكانت شهادة بالموت، فتقبل هذه الشهادة، ولا يقال: بأن هذه الشهادة شهادة على فعل نفسه، فلا تقبل؛ لأنا نقول: المشهود به فى الحقيقة الموت، وأنه ليس من فعلهما، فلا يمنع قبول الشهادة.

وههنا مسألة عجيبة لا رواية لها أنه إذا لم يُعاين الموت إلا واحد، ولو شهد عند القاضى، لا يقضى بشهادته ما ذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلا مثله، فإذا سمع من حل له أن يشهد على موته، فيشهد هو مع ذلك الشاهد، حتى يقضى القاضى بشهادتهما.

١٤٨٧٢- وإذا جاء خبر موت الرجل من أرض أخرى، فصنع أهله ما يصنع على الميت، لم يسع أحدًا أن يشهد على موته إلا من شهد موته، أو سمع ذلك ممن شهد موته؛ لأن مثل هذا الخبر قد يكون كذبًا، وعند بعد المسافة يغلب مثل هذا، فلايعتمد عليه، حتى يخبره من يثق به عن معاينة، فحينئذٍ يسعه أن يشهد.

١٤٨٧٣- وإذا رأى رجلا وامرأة يسكنان فى بيت واحد، ويبسط كل واحد منهما على صاحبه، كما يكون بين الأزواج، وسعه أن يشهد لهما بالنكاح؛ لأن هذا القدر يكفى لتحمل الشهادة بملك اليمين، فإنه إذا رأى شيئًا فى يدى رجل يتصرف فيه تصرف المُلاك، وسعه أن يشهد له بملك ذلك الشيء له، فهذا أولى، ألا ترى أن رجلا يسكن مع امرأة فى دار واحدة، وحدث بينهما أولاد، وخاصمته فى النفقة، أو طلّقها وراجعها، وقضى القاضى بذلك، أو ظاهر منها، وكفر ثم مات، وجحد أولياءه ميراثها، وأنكروا النكاح، ألم يسع للجيران، ومن معهم فى الدار أن يشهدوا أنها امرأته؟ وهذا لأن بعد هذا النوع من الاشتهار الذى يسبق إلى قلب كل أحد قيام النكاح بينهما لو لم تجز الشهادة على النكاح مع هذه المقدّمة، ومضى القرن الذين عاينوا

النكاح، تعطلت الحقوق، وبطل ميراثها، فإنه أمر قبيح.

١٤٨٧٤- إذا قدم عليه رجل من بلد آخر، وانتسب إليه، وأقام معه دهرًا، لم يسعه أن يشهد على نسبه حتى يشهد له رجلان من أهل بلده عدلان، أو يكون النسب مشهورًا، وذكر الخصّاف هذه المسألة، وشرط لجواز الشهادة شرطين، أحدهما أن يشتهر الخبر ويعمّ.

والثاني أن يمكث فيهم سنة، فإنه قال: لا يسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يقع معرفة ذلك في قلوبهم، وذلك أن يقيم معهم سنة؛ لأن السنة مدة حسنة لإبلاء العذر[1]، ألا ترى أنه قدّر به أجل العنّين، وكثير من الأحكام، فالظاهر أنه لو كان الأمر على خلافه لظهر في هذه المدة، وإن وقع في قلبه معرفة ذلك قبل مُضى السنة، لا يجوز له أن يشهد.

ورُوى عن أبي يوسف: أنه قدّر ذلك بستة أشهر، والصحيح أنه إذا سمع من أهل بلدة من رجلين عدلين، حل له أداء الشهادة، وإلا فلا، وأما إذا سمع ذلك ممن سمع ذلك من المدعى، لا يحل له أن يشهد، وإن اشتهر ذلك بين الناس؛ لأنه لما لم تحل له الشهادة بالسماع منه، فكيف يجوز بإخبار من سمع منه؟ لكن إن شهد عنده جماعة، حتى يقع الشهرة حقيقة وعرفًا، ووقع عنده أنه ثابت النسب من فلان، أو شهد عنده عدلان حتى يثبت الاشتهار[2] شرعًا، حل له أن يشهد -والله أعلم-.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في م: لإيلاء العذر.

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: الإشهاد.

الفصل الثانى
فى أقسام الشهادة وفى شهادة النساء

أقل ما يجوز فى حقوق الناس فيما بينهم من الطلاق، والعتاق، والنكاح، وكفالة النفس، وكفالة الأموال، والإبراء، وقضاء القاضى، وكتاب القاضى إلى القاضى، والوكالات، والرهون، والوصايا، شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، والقياس فى ذلك كله أن يكتفى بشهادة الواحد إذا كان عدلا ؛ لظهور الصدق فى شهادته لعدالته، والصدق واجب القبول، وبانضمام شاهد آخر لا يزداد دليل الصدق فى خبر الأول، لكن عرفنا اشتراط العدد بالنصوص، منها قوله تعالى : ﴿وَاستَشهِدُوا شَهِيدَينِ مِن رجَالِكُم﴾ وقوله تعالى : ﴿وَاستَشهِدُوا عَلَيهِنّ أربَعَةً منكُم﴾ وقال الله تعالى : ﴿وَأشهِدُوا ذَوَى عَدل منكُم﴾، وقال عليه السلام : «ليس لك إلا شاهداك أو يمينه» وتقدير الشرع : إما أن يكون للمنع الزيادة، كأكثر مدة الحيض، أو لمنع النقصان، كأقل مدة الحيض والسفر، وهذا التقدير ليس لمنع الزيادة، فيكون لمنع النقصان، ولأن طمأنينة القلب إلى قول العدد أبلغ منه إلى قول الواحد، وشرط العدد صيانة للحقوق المعصومة ؛ لكثرة ما يكون فى الخصومات من التلبيس والتزوير.

١٤٨٧٥- وإذا ثبت أن العدد شرط، فنقول : الحوادث أقسام ثلاثة : فى قسم منها يشترط الأربعة، وهو الزنا الموجب للحد، عرف ذلك بقوله تعالى : ﴿وَاستَشهِدُوا عَلَيهِنّ أربَعَةً منكُم﴾ ولا يشترط ذلك فى غيره، وفى قسم منها يشترط رجلان، وهو العقوبات التى تندرئ بالشبهات، نحو القصاص وبسائر الحدود ما خلا حد الزنا، حتى لا تثبت هذه الأشياء بشهادة رجل وامرأتين، بدليل ما رُوى عن الزهرى أنه قال : مضت السنة من لدُن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء فى الحدود.

وفى قسم منها يكتفى بشهادة رجل وامرأتين، وهو المال، وما كان من توابع المال ؛ لأن الله تعالى قال فى آية المداينة : ﴿فَاسْتَشهِدُوا شَهِيدَينِ مِن رجَالِكُم فَإن لم يَكُونَا

رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامرَأَتَانِ﴾، وإذا ثبت هذا الحكم فى المال، ثبت فيما هو تبع المال ضرورة، والحقوق المجرّدة كالنكاح والطلاق والعتاق والرجعة من هذا القسم، حتى يكتفى فيها بشهادة رجل وامرأتين، بلغنا أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة النساء فى النكاح، وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل ذلك.

وكذلك ما يتوقف عليه كمال العقوبة، وهو الإحصان من هذا القسم، حتى يثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا؛ لأن الإحصان عبارة عن خصال حميدة، بعضها مأمور به، وبعضها مندوب إليه، فيثبت بشهادة النساء مع الرجال كسائر الحقوق.

١٤٨٧٦- ولا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما يطلع الرجال عليه بالإجماع، وفيما لا يطلع عليه الرجال تقبل شهادتهن بانفرادهن بالإجماع، والوجه فى ذلك أن القياس يأبى كون شهادة النساء حجة؛ لأنه تمكن فى شهادتهن زيادة تهمة بسبب الغفلة والنسيان، ويمكن الاحتراز عنها بالرجال، لكن جعلناها حجة فيما يطلع عليه الرجال إذا قامت مع الرجال بالنص، والنص الوارد جعل شهادتهن حجة مع الرجال، وقد تمكنت زيادة التهمة فى كل الشهادة، وفيما لايطلع عليه الرجال جعلنا شهادتهن حجة على الانفراد بالنص، قد روى مجاهد وسعيد ابن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبى رباح أن النبى ﷺ أجاز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه، أى فيما لا يحل للرجال النظر إليه، والمعنى فيه أنا لو لم نجوّز شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال، أدى إلى إبطال حقوق تعلقت بهذه الأسباب، والعدد ليس بشرط عندنا فى هذا الباب حتى يثبت ذلك بشهادة امرأة واحدة، وإن كانت امرأتان أو ثلاثة فذلك أحب إلىّ.

١٤٨٧٧- وهل يشترط لفظة الشهادة؟ قال مشايخ بلخ ومشايخ بخارا: يشترط، وقال مشايخ العراق: لا يشترط، وأجمعوا على أنه يشترط الحرية والبلوغ عن عقل والإسلام إن قامت على مسلم، وكذلك يشترط العدالة، ذكره شمس الأئمة السرخسى، وإنما لم يشترط العدد عندنا؛ لما روينا من حديث مجاهد وسعيد ابن المسيب.

ووجه الاستدلال به أن النساء اسم جنس، واسم الجنس يتناول الأدنى مع احتمال الكل، فصار تقدير الحديث أن النبى ﷺ أجاز شهادة الواحدة من النساء فيما لا يطلع عليه الرجال.

وفى حديث حذيفة: "أن النبى عليه السلام أجاز شهادة القابلة على الولادة"[1]، والمعنى فى ذلك أنه إنما أسقط اعتبار الذكورة فى هذا الباب مع أن نظر الرجال هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع؛ لأن نظر الجنس أخف فإذا أمكن تحصيل المقصود بالأخف، وهو شهادة النساء، سقط اعتبار الأغلظ، وهو الذكورة، ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية والعدالة؛ لأن نظر المملوك وغير العدل ليس أحق من نظر الحر والعدل، وهذا المعنى يقتضى سقوط اعتبار العدد؛ لأن نظر الفرد أخف من نظر العدد، وكذا لم يسقط اعتبار الإسلام؛ لأن نظر الكافر ليس أخف من نظر المسلم.

جئنا إلى اشتراط لفظة الشهادة، وفيه اختلاف المشايخ على ما مرّ، وجه قول من قال: إن لفظة الشهادة ليست بشرط أن هذا خبر، وليس بشهادة، ألا ترى أنه لم يشترط فيه العدد، فلا يشترط فيه لفظة الشهادة.

وجه قول من قال أن لفظة الشهادة شرط: إن هذه شهادة على الحقيقة، وليست بخبر، ألا ترى أنه يقع ملزما على الغير، وكان القياس فى أن يشترط العدد، كما فى سائر الشهادات، لكن تركها القياس فى اشتراط العدد بحديث مجاهد وسعيد بن المسيب على نحو ما بينّا، وأنه يقتضى إسقاط اعتبار العدد، أما لا يقتضى إسقاط اعتبار لفظة الشهادة، بل يقتضى اعتبارها؛ لأن تقدير الحديث شهادة الواحدة من النساء فيما لا يحل للرجال النظر حجة، ولو نصّ على هذا لسقط اعتبار العدد، ولا يسقط اعتبار لفظة الشهادة؛ لأن النبى عليه السلام سمّاها شهادة، وإنما سمّاها شهادة لما فيها من لفظة الشهادة.

وعبارة بعض مشايخنا فى هذا أن هذا أخذ شبها من أصلين من الشهادات بمعنى الإلزام، ومن الإخبار حتى لم يشترط فيه صفة الذكورة، فلشبهها بالشهادات يشترط

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى "مصنفه" (١٥٤٣٠-١٥٤٣١)، والطبرانى فى "الأوسط" (٥٩٦)، والدارقطنى فى "سننه" (١٠١-١٠٢)، والبيهقى فى "الكبرى" (٢٠٣٢٩)، وذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٣/ ٢٦٤).

لفظة الشهادة والحرية والبلوغ عن عقل، ولشبهها بالإخبار لم يشترط فيه العدد عملا بالشبهين بقدر الإمكان.

وإن كان مكان المرأة رجل واحد، والحادثة مما لا يطلع عليها الرجال، لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب، وقد اختلفت المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تقبل؛ لأن شهادة الرجال أقوى من شهادة النساء، فإذا قبلت شهادة المرأة الواحدة فى هذا الباب، فشهادة الرجل الواحد أولى.

وبعضهم قالوا: لا تقبل؛ لأن القياس أن لا تكون شهادة المرأة الواحدة حجة فيما لايطلع عليه الرجال، كما فى سائر الشهادات، وإنما جعلناها حجة بالنص الذى روينا، والنص الوارد يجعل شهادة المرأة الواحدة حجة فيما لا يطلع عليه الرجال لا يكون واردًا بجعل شهادة الرجل الواحد حجة؛ لأن فى حق الرجل نص بخلافه، وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لم يَكُونَا رَجلَينِ فَرَجُلٌ وامرَأتانِ﴾[1].

ثم من يجعل شهادة الرجل الواحد حجة فى هذا الباب من المشايخ اختلفوا فيما بينهم، قال بعضهم: إنما تقبل شهادته إذا قال: فاجأتها واتفق نظرى إليها، أما إذا قال: تعمدت النظر إليها، لا تقبل شهادته؛ لأنه يصير فاسقًا بالنظر إليها متعمّدًا، وقال بعضهم: تقبل وإن تعمّد النظر إليها، كما فى الزنا.

١٤٨٧٨- وأما شهادة النساء بانفرادهن على استهلال الصبى، وهو صياح الولد بعد الانفصال عن الأم، أو على تحرك عضو من أعضاءه بعد الانفصال عن الأم مقبولة فى حق الصلاة عليه بالإجماع؛ لأنه أمر من أمور الدين، فأما فى حق الميراث فقد اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقبل، ويشترط شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل شهادة امرأة واحدة إذا كانت عدلة، فهما يقولان: استهلال الصبى صياحة عند الولادة وتلك الحالة لا يحضرها الرجال، وفيما لا يطلع عليه الرجال شهادة المرأة الواحدة حجة، ألا ترى أنه تقبل شهادتها فى حق الصلاة عليها، وأبو حنيفة يقول: الاستهلال صوت مسموع، وفى السماع الرجال يشاركون النساء، وكذلك تحرّك الولد أمر مرئى، وفى الرؤية الرجال والنساء سواء، وفيما يطلع

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

الرجل عليه شهادة النساء بانفرادهن ليست بحجة ، وإن وقع ذلك فى حالة لا يحضرها الرجال ، كشهادة النساء على الجراحات فى حمّامات النساء .

وأما شهادتهن على تحرّك الولد قبل الانفصال عندهما ، وشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين على تحرّك الولد قبل الانفصال ، أو على تحركه حالة الانفصال عند الكل ، لا تقبل ؛ لأن تحرك الولد قبل الانفصال قد يكون بحياة نفسه ، وقد يكون بحياة الأم ، إلا أنه ينفصل ميّتًا ، وكذلك حالة الانفصال قد يكون تحركه بحياة نفسه ، وقد يكون بانتقاله من موضع إلى موضع ، فلا يدل ذلك على حياته ، أما بعد الانفصال ، فتحركه لا يكون إلا بحياة نفسه .

الفصل الثالث
في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل

١٤٨٧٩- يجب أن يعلم أن العدالة شرط لتصير الشهادة واجبة القبول؛ لأنه ما لم يظهر الحق عند القاضي للمدعي، لا يجوز له القضاء له، فضلا من الوجوب، وظهور الحق بالشهادة باعتبار صدق الشهود، ودليل صدق الشهود العدالة، وتكلم العلماء في تفسير العدل، منهم من ضيّق فيه غاية التضييق، فشرط انزجار الشاهد عن جميع المحظورات حتى قال: من سمع الأذان وانتظر الإقامة، سقط عدالته، ومن مشى على سور المدينة سقطت عدالته؛ لأنه مشترك بينه وبين غيره، فلا يجوز له أن يمشي عليه من غير رضا ذلك الغير.

وعن ابن المبارك أنه قال: من غلبت حسناته على سيئاته قبلت شهادته، وقال إبراهيم النخعي: العدل من المسلمين من لم يطعن عليه في بطن أو فرج، أراد بعدم الطعن في البطن أن لا يقال: إنه آكل مال الربا، أو آكل مال المغصوب وما أشبهه، وأراد بعدم الطعن في الفرج أن لا يقال: إنه زانٍ، وما أشبه ذلك، فموضع الطعن فيهما ولهما توابع، فإذا سلم عنهما، وسلم عن توابعهما، كان عدلا مقبول الشهادة.

وقال الشعبي: العدل من لم يُعلم منه جريمة في دينه أو فساد في دينه، وقال أبو جعفر الهندواني في العدل: من كان متنزهًا عن الكبائر، متبرئًا متيقظًا تغلب حسناته على سيئاته.

وحُكي أن عبد الله بن سليمان وزير المعتضد بالله سأل القاضي أبا حازم عن العدل في الشهادة، فقال: أحسن ما قيل في هذا الباب ما نقل عن أبي يوسف القاضي: إن العدل في الشهادة أن يكون مجتنبًا عن الكبائر، ولا يكون مصرًا على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطئه، وأن يستعمل الصدق ديانة ومروءة، ويجتنب عن الكذب ديانة ومروءة.

١٤٨٨٠- والحاصل: أن ارتكاب الكبيرة يوجب زوال العدالة، وارتكاب الصغيرة لا يوجب زوال العدالة؛ لأن ارتكاب الكبيرة يدل على شهادة الزور؛ لأن حرمة ما ارتكب من الكبيرة كحرمة شهادة الزور، فإذا ارتكب كبيرة مع اعتقاده حرمتها، يتهم أنه يرتكب شهادة الزور أيضًا، قياسًا واستدلالا بها، فأما ارتكاب الصغيرة لايدل على شهادة الزور؛ لأن شهادة الزور كبيرة، والإنسان قد يجتنب عن الكبائر، ولا يجتنب عن الصغائر، فارتكاب الصغائر لا يدل على شهادة الزور، فلا يوجب زوال العدالة، ولا يكون جرحًا إلا أن يصرّ على ذلك؛ لأن الصغيرة تصير كبيرة بالإصرار على ما قال عليه السلام: «لا صغيرة مع الإصرار ولا كبيرة مع الاستغفار».

وحكى عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى أنه قال: الناس لايخلون عن ارتكاب الصغائر، ولا يخلونّ عن إتيان ما هو مأذون به فى الشرع، فيعتبر فى ذلك الغالب، يريد به فى حق الصغائر، فإن كان غالب حاله أنه يأتى بما هو مأذون به فى الشرع، ويحترز عمّا لا يحل له فى الشرع من الصغائر، كان جائز الشهادة بعد أن كان يحترز عن كل الكبائر، وإن كان غالب حاله أنه لا يحترز عن الصغائر، لا يكون جائز الشهادة، وإن كان يأتى بالمأذون به شرعًا.

١٤٨٨١- ثم اختلفوا فى تفسير الكبائر، قال بعضهم: هى السبع التى ذكرها رسول الله ﷺ فى الحديث المعروف، وهو الشرك بالله تعالى، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير الحق، ونهب المؤمن، والزنا، وشرب الخمر، وهو قول أهل الحجاز وأهل الحديث، وزاد بعضهم على السبع التى ذكرها: أكل الربا، وأكل مال اليتيم بغير الحق.

وقال بعضهم: ما ثبت حرمته بنص القرآن فهو كبيرة، وقال بعضهم: ما يوعد فيه بنار جهنم فهو كبيرة، وقال بعضهم: ما فيه حدّ أو قتل، فهو كبيرة، وقال بعضم: ما كان حرامًا لعينه، فهو كبيرة، وما كان حرامًا لغيره، فهو صغيرة، وأصح ما قيل فيه ما نقل عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى: إنه قال: ما كان شنيعًا بين المسلمين، وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين، فهو من جملة الكبائر، وكذلك ما فيه نبذ المروءة والكرم، فهو من جملة الكبائر، وكذلك الإعانة على المعاصى والفجور،

والحث عليها من جملة الكبائر، يوجب سقوط العدالة، وإذا كان حد الكبائر هذه الأشياء، كان ما عداها من جملة الصغائر.

١٤٨٨٢- قال الخصّاف في "أدب القاضي": إذا ترك الرجل الصلاة بالجماعة استخفافًا بذلك، أو مجانة أو فسقًا، لا تجوز شهادته، لم يرد بهذا الاستخفاف الاستخفاف بالدين؛ لأن المستخف بالدين كافر، بل أراد به أن لا يستعظم تفويت الجماعة، كما يفعله العوام، وإنما يسقط به العدالة؛ لأن الصلاة بالجماعة ألحقت بالفرائض، ولهذا لو ترك أهل بلدة الصلاة بجماعة قوتلوا عليها بالسلاح، كما لو تركوا فرضًا من الفرائض.

وقد صحّ أن رجلا سأل ابن عبّاس عن رجل يصوم النهار، ويقوم الليل، ولايحضر الجماعة، فقال ابن عباس رضى الله عنهما: هو فى النار، فاختلف إليه ذلك الرجل شهرًا، وكان يسأله، فكان يقول: هو فى النار.

١٤٨٨٣- وقال مكحول: السنة سنتان: سنة أخذها هدى، وتركها لا بأس به، وسنة أخذها هدى وتركها ضلالة، وذكر من جملتها الصلاة بالجماعة، فثبت أنها ملحقة بالفرائض، وتارك الفرض فاسق، فكذا هذا. هذا إذا تركها استخفافًا أو مجانة أو فسقا، وإن تركها متأولا، بأن كان الإمام فاسقًا، فكره الاقتداء به، ولا يمكنه أن يصرفه، فصلى فى بيته وحده، أو كان ممن يضلل الإمام، ولايرى الاقتداء به جائزًا، فهذا مما لا يسقط العدالة، أما الأول فلا شك، وأما الثانى فلأنه صاحب هوى، وشهادة أهل الأهواء مقبولة على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وكذلك شهادة تارك الصلاة فى أوقاتها لا تقبل؛ لأن أداء الصلاة فى الوقت أداء الأمانة فى وقتها؛ لأن الصلاة أمانة، وأداء الأمانة فى وقتها لازم؛ ولأن الصلاة فى الوقت عهد له عند الله تعالى، قال ﷺ: «من حافظ على الصلاة الخمس فى مواقيتها كان له عند الله تعالى عهدًا يؤدّيه إليه يوم القيامة وتلا قوله تعالى[1] ﴿إلا مَنِ اتّخَذَ عِندَ الرّحمنِ عَهدًا﴾»[2]، فإذا ظهرت منه الخيانة فى هذه الأمانة بتفويتها عن الوقت، لا يؤمن

(١) سورة مريم: الآية ٨٧.

(٢) أخرجه أبو داود فى "مسنده" (٤٢٧)، وابن خزيمة فى "صحيحه" (١١٤٢)، وسعد بن منصور

منه الخيانة فى أمانة الشهادة.

١٤٨٨٤- وكذلك من ترك الجمعة لا تقبل شهادته؛ لما روى قتادة عن عبد الملك بن يعلى أنه قال: لا أجيز شهادة من تقوم عليه البينة أنه ترك الجمعة ثلاث مرات، ورُوى عن النبى ﷺ أنه قال: «من ترك الجمعة ثلاث مرات طبع الله على قلبه» ولأن شهود الجمعة فرض؛ لقوله تعالى: ﴿فَاسعَوا إلى ذِكرِ اللهِ وَذَرُوا الْبَيعَ﴾[1] فكان تارك الفرض، فصار مرتكبًا للكبيرة، فلا تقبل شهادته، وهذا إذا تركها رغبة عنها، أما إذا تركها بعذر كالمرض، أو بُعده من المصر، أو بتأويل بأن كان يفسّق الإمام، أو ما أشبهه، لا ترد شهادته على ما ذكرنا فى تارك الجماعة.

ثم إن الخصّاف وضع المسألة فى ترك الجمعة ثلاث مرات، قال شمس الأئمة السرخسى: التقدير بالثلاث شرط، كما ذكر الخصاف، وقال شمس الأئمة الحلوانى: هذا ليس بشرط لازم، بل إذا ترك مرة كفى لرد الشهادة، وإليه أشار الخصاف فى بعض المواضع.

١٤٨٨٥- ولا تقبل شهادة آكل الربا، المشهور بذلك، المقيم عليه؛ لأن أكل الربا كبيرة، فإنه حرام بنص الكتاب، وود النص بالوعيد فيه بنار جهنم، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيّهَا الّذِينَ آمَنُوا لا تَأكُلُوا الرِبَا أضعَافًا مضَاعَفَةً. . .﴾[2] إلى قوله: ﴿واتّقُوا النّارَ الّتِي أعِدّتْ لِلكَافِرِينَ﴾[3] وقال عليه السلام: «لعن الله آكل الربا ومؤكله»[4] وارتكاب الكبيرة يوجب سقوط العدالة بالأكل مرة.

فى "سننه" (١٣٦) وفى "المستدك على الصحيحين" (١١٦٠)، والبيهقى فى "الكبرى" (٢٠٢٠)، وابن أبى شيبة (٧٦٣٩)، وأحمد فى "مسنده" (١٨٣٧١) والطبرانى فى "الكبير" (٨٢٦) والدارقطنى فى "علله" (١٣٩٢).

(١) سورة الجمعة: الآية ٩.

(٢) سورة آل عمران: الآية ١٣٠.

(٣) سورة آل عمران: الآية ١٣١.

(٤) أخرجه مسلم فى "صحيحه" (١٥٩٨)، وابن خزيمة فى "صحيحه" (٢٢٥٠)، وابن بحان فى "صحيحه" (٣٢٥٢)، والمنتقى لابن الجارود (٦٤٦)، والترمذى فى "سننه" (١٢٠٦)، والدارمى فى "سننه" (٢٥٣٥) والبيهقى فى "الكبرى" (١٠٢٤٨) وأبو داود فى "سننه" (٣٣٣٣) والنسائى (٥١٠٢-٥١٠٣) وعبد الرزاق فى "مصنفه" (١٠٧٩١).

ثم شرط لرد الشهادة أن يكون مقيمًا عليه مشهوراً بذلك، وكان ينبغي أن تزول العدالة بالأكل مرة، كأكل مال اليتيم؛ لأن كل واحد من هذه الأشياء كبيرة مع هذا شرط الإدمان، واختلف المشايخ في علته، قال بعضهم: إنما شرط ذلك لأن الإنسان عسى يبتلى ذلك؛ لأن البياعات الفاسدة كلها ربا، ولا يمكنه التحرّز عن جميع الأسباب المفسدة للعقد، فقد لايهتدى إلى ذلك، فلو رُدت شهادته إذا ابتلى به مرة، لا يبقى في الدنيا مقبول الشهادة، فلهذا شرط أن يكون مشهوراً بذلك مقيمًا عليه.

وقال بعضهم: بأن الربا ليس بحرام محض؛ لأن الربا مفيد للملك عندنا بعد اتصال القبض به، والملك مبيح للأكل في غير الخمر، وإن كانت حرمة السبب تمنع الأكل، فلم يكن حرامًا محضًا، فكان ناقصًا في كونها كبيرة، فصارت كالملحقة بالصغيرة من هذا الوجه، وهذا لأن حرمة اتكب الشاهد في دينه من التعاطي يجب أن يكون مثل حرمة شهادة الزور، حتى يستدل به على شهادة الزور، وشهادة الزور حرام محض؛ لأنه كذب، والكذب حرام محض، فارتكاب ما لا يكون حرامًا محضًا لا يدل عليه، قال شمس الأئمة السرخسي: أكل الربا إنما يسقط العدالة إذا أكله مع علمه بكونه ربا.

١٤٨٨٦- ولا تجوز شهادة مدمن الخمر، فحرمة الخمر ثابتة بالنص، وشرع عليه عقوبة في الدنيا، وهو الحد، فكان من جملة الكبائر، فتسقط به العدالة، ثم شرط الإدمان، ولم يرد به الإدمان في الشرب؛ لأنه لا يطيق، وإنما أراد به الإدمان في النية، يعني يشرب، ومن نيته أنه يشرب بعد ذلك إذا وجده، قال شمس الأئمة السرخسي: ويشترط مع الإدمان أن يظهر ذلك للناس، أو يخرج سكرانًا، فيسخر منه الصبيان، حتى إن شرب الخمر في السر، لا يسقط العدالة.

قال في "الأصل": ولا تجوز شهادة مدمن السكر، وأراد به في سائر الأشربة سوى الخمر؛ لأن المحرّم في سائر الأشربة السكر بشرط الإدمان على السكر، والمحرّم في الخمر نفس الشرب، فشرط[1] الإدمان على الشرب.

وكذلك من يجلس مجالس الفجور والمجانة والشرب لا تقبل شهادته، وإن لم

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: فيسقط.

يشرب؛ لأنه تشبّه بهم، وقد قال ﷺ: «من تشبّه بقوم فهو منهم»[١]؛ ولأنه رضى بصنيعهم، ولم يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم، فلا يحترز عن شهادة الزور.

١٤٨٨٧- ولا تقبل شهادة المخنّث؛ لأن التخنيث معصية، قال عليه السلام: «لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكّرات من النساء»[٢]، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: وهذا إذا كان تخنيثه باختياره، أو كان يأتى بالأفعال الرديئة، فأما إذا كان فى كلامه تكسر، وفى أعضاءه لين بأصل الخِلقة، ولا يأتى بشىء من الأفعال الرديئة، فهو عدل مقبول الشهادة.

١٤٨٨٨- ولا تقبل شهادة من يلعب بالحمام، ويطيّرهن؛ لأنه يرتكب ما هو حرام؛ لأن اللعب حرام، قال عليه السلام: «ما أنا من دٍ ولا الدَّر منى»؛ ولأنه يصعد العَوالى من السطوح، فيطلع على العورات، وذلك منه فسق؛ ولأن قلبه مع ذلك فى عامة أحواله، فيشتدّ به غفلة.

وذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الكفالة فى باب الشهادة فى الدين إذا كان لا يطيّرهن، ولكن يخليهن حتى يخرجن من بيتة، لا تقبل شهادته، وعلل فقال: لأنه يأتى بيت حمامته حمامات غيره، فيفرخ فيه ثم يبيع ذلك، ويأكل، ولا يعرف حمامته من حمامة غيره، فيصير أكلا حرامًا، ومرتكبًا ما لا يحل.

قال ثمّة: وهذا كما قال مشايخنا: إن شهادة صاحب الحمام لا تقبل؛ لأنه ينظر إلى عورات الناس، ويجمع مما شاب الناس للإتيان، ولا يتأتى بذلك، ومن المشايخ من قال: لاتسقط عدالته فى هذه الصورة، ويستدل باتخاذ الناس بروج الحمامات من غير نكير منكر، وإن كان يمسكهنّ فى بيته، ولا يطيّرهن، ولايخلّيهن، لا تسقط عدالته بالإجماع.

---

(١) أخرجه أبو داود فى "سننه" (٤٠٣١)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (١٩٤٠١)، ومعمر فى "جامعه" (٢٠٩٨٦)، وأبو عثمان فى "كتاب السنة" (٢٣٧٠) والطبرانى فى "الأوسط" (٨٣٢٧) وأحمد فى "مسنده" (٥١١٤-٥١١٥) وعبد بن حميد فى "مسنده (٨٤٨)، والبيهقى فى "شعب الإيمان" (١١٩٩) وأحمد فى "الورع" (١/ ١٧٨).

(٢) أخرجه ابن حبان فى "الثقات" (٧٨٩٨) والطبرانى فى "الأوسط" (١٦٣١)، وذكره الهيثمى فى "مجمع الزوائد" (٨/ ١٠٣).

ولا تقبل شهادة المغنى والمغنية إذا كان يسمع[1] الناس ويؤنسهم، هكذا ذكر الخصّاف فى "أدب القاضى"؛ لأنه ملعون على لسان صاحب الشرع، فيكون ساقط الشهادة لا محالة، قال: فأما إذا كان لا يسمع غيره، ولكنه يسمع نفسه لإزالة الوحشة، قبلت شهادته.

١٤٨٨٩- يجب أن يعلم بأن التغنّى لسماع الغير وإيناسه مكروه عند عامة المشايخ، ومن الناس من جوّز ذلك فى العُرس والوليمة، ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدفّ فى العُرس والوليمة، وإن كان فيه نوع لهو، إنما لم يكن به بأس؛ لأن فيه إظهار النكاح وإعلانه، وبه أمرنا صاحب الشرع، قال ﷺ: «أعلنوا بالنكاح ولو بالدفّ»[2] فكذا التغنّى.

ومنهم من قال: إذا كان يتغنّى ليستفيد به نظم القوافى ويصير، فيصح اللسان، لا بأس به، وأما التغنّى لإسماع نفسه، ودفع الوحشة عن نفسه، هل هو مكروه؟ قد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يكره، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسى، وإنما المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو، وهذا القائل يحتج بما روى عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك، وهو كان يتغنّى، والبراء بن مالك كان من زهّاد الصحابة.

ومن المشايخ من قال: جميع ذلك مكروه، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهرزاده، وهذا القائل يحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التى فيها ذكر الوعظ والحكمة، وهذا لأن اسم الغناء كما ينطلق على الغناء المعروف ينطلق على غيره، قال ﷺ: «من لم يتغن بالقرآن فليس منا»[3] قلنا: وإنشاد ما هو مباح من الأشعار لا بأس به.

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: يجمع.

(٢) أخرجه الترمذى فى "سننه" (١٠٨٩)، وابن ماجه (١٨٨٥)، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" (١٦٣٩٧)، وذكره الحافظ فى "التلخيص الحبير" (٢١٢٢).

(٣) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٧٠٨٩) وابن ماجه فى "سننه" (١٣٣٧) والدارمى فى "سننه" (١٤٨٩) والحاكم فى "المستدرك" (٢٠٩٣) والبيهقى فى "شعب الإيمان" (٢١٤٧) وفى "الكبرى" (٢٢٥٧).

وإذا كان فى الشعر صفة المرأة إن كانت امرأة بعينها، وكانت حيّة يكره، وإن كانت ميتة، أو كانت امرأة مرسلة، لا يكره.

١٤٨٩٠- وكذلك لا تقبل شهادة النائحات، ولم يرد به التى تنوح فى مصيبتها، وإنما أراد به التى تنوح فى مصيبة غيرها، واتخذت ذلك مكسبة، وهذا لقوله عليه السلام: «لعن الله النائحات» ولأنها لما ارتكبت ما لا يحل فى الشرع، وهو الغناء والنوح لطمعها فى المال، لايؤمن أن ترتكب شهادة الزور لأجل المال، فذلك أيسر عليها من الغناء والنوح فى مدة طويلة.

١٤٨٩١- وكذلك لا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج، لكن يشترط انضمام إحدى المعانى الثلاث إذا قامر عليه، أو شغله عن الصلاة، أو أكثر الحلف عليها بالكذب والباطل؛ لأن القمار حرام، وتفويت الصلاة من أعظم الكبائر، واليمين الكاذب من جملة الكبائر، فأما بدون انضمام إحدى المعانى الثلاثة إليه لا تسقط العَدالة؛ لأن العلماء اختلفوا فى حرمة اللعب بالشطرنج، وإباحته عند انعدام هذه المعانى.

وقال مالك والشافعى: يحل، وأبو زيد الحكيم كان يختار قولهما، ذكر شمس الأئمة السرخسى، فخف حكمه، فمباشرته على الانفراد، لا يصلح لسقوط العدالة، ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال، قال عليه السلام: «ملعون من لعب بالنرد»[١]، ومن كان ملعونًا، كيف يكون عدلا؟

وإذا كان الرجل يلعب بشيء من الملاهى، وذلك لا يشغله عن الصلاة، ولا عمّا يلزمه من الفرائض، ينظر إن كان مستشنعة بين الناس، كالمزامير والطنابير، لم تجز شهادته؛ لأن أصحاب هذه الملاهى أهل فسق فيما بين الناس، وإن لم يكن مستشنعة، نحو الحداء وضرب القضيب، جازت شهادتهم.

والأصل فيه ما رُوى أن رسول الله ﷺ كان فى سفر، والحادى يحدُو بين يديه، فلم ينهَه عن ذلك، فلما طلع الفجر قال عليه السلام: «أمسك فإن هذه ساعة ذكر»[٢]، وكذا القضيب، فإن صوته مباح عند البعض، فلا يوجب سقوط العدالة، قال: إلا أن

---

(١) أخرجه أحمد فى "الورع" (١/ ٩٢)، وذكره العجلونى فى "كشف الخفاء (٢٥٩٧).

(٢) وبالمعنى رواه اللالكائى فى "كرامات الأولياء" (١/ ١٦٧) والشافعى فى "الأم" (٤/ ٢٩٠).

يتفاحش بأن يرقصوا به، فدخل فى حد المعاصى والكبائر، فحينئذٍ تسقط به العدالة.

١٤٨٩٢- وإذا كان الرجل معروفًا بالكذب الفاحش، لم تقبل شهادته، يريد به إذا اعتاد الكذب؛ لأنه إذا اعتاد ذلك، لا يصبر عنه، فلا يؤمن من أن يكذب فى هذه الشهادة، فأما إذا كان يقع فيه أحيانًا، قبلت شهادته؛ لأنه لا يسلم أحد من ذلك، وفى "الأقضية": والذى اعتاد الكذب إذا تاب لا تقبل شهادته؛ لأن من اعتاد الكذب قل ما يصبر عنه.

١٤٨٩٣- وكذلك لا تقبل شهادة الداعر، وهو الفاسق المتهتّك الذى لا يبالى بما يصنع؛ لأنه لا يؤمن عليه أن لا يُبالى من شهادة الزور، قال محمد فى "الأصل": وقال أبو حنيفة وابن أبى ليلى: شهادة أهل الأهواء[1] جائزة، قال: وهو قول أصحابنا أجمعين، قال شمس الأئمة السرخسى: ومنهم من يفصل بين من يكفّر فى هواه وبين من لا يكفر، وكأنه أراد به أبا يوسف، فقد رُوى عنه: أنه قال: من كفّرته لم أقبل شهادته، ومن أضللته قبلت شهادته، وذكر شيخ الإسلام فى "شرحه": وشهادة أهل الأهواء مقبولة عندنا إذا كان هوى لا يكفّر به صاحبه، ولايكون ماجنًا، ويكون عدلا فى تعاطيه، وهو الصحيح.

وما ذكر فى "الأصل": وهو محمول على هذا، إلا الخطابية، واستدل محمد لبيان ذلك فى الكتاب، فقال: أرأيت أصحاب رسول الله ﷺ، ورضى عنهم الذين ساعدوا معاوية على مخالفة على رضى الله عنه لو شهدوا بين يدى على رضى الله عنه، لكان لا يرد شهادتهم، ولا شك أن مخالفة على رضى الله عنه بعد عثمان رضى الله عنه بدعة وهوى، فكيف الخروج عليه بالمسابقة[2]؟ لكن لما كان عن تأويل وتديّن لم يمنع قبول الشهادة، فكذا هذا.

ولأنه مسلم عدل فى تعاطيه، شهد لغيره من كل وجه، وهو من أهل الشهادة، فتقبل شهادته قياسًا على غير صاحب الهوى، وإنما قلنا: مسلم؛ لأن الكلام فى هواء لا يكفر صاحبه، وإنما قلنا: عدل فى تعاطيه؛ لأنه لم يرتكب ما هو محرّم فى دينه واعتقاده

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: الهواء.

(٢) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: المسابقة.

حرمة شهادة الزور، حتى يستدل به على شهادة الزور، وما وُجد من فسق الاعتقاد لا يدل على شهادة الزور؛ لأنه اعتقده مباحًا، فلا يدل على شهادة الزور الذى يعتقده حرامًا، وكان كشهادة الكافر مقبولة على كافر مثله إذا كان عدلا فى تعاطيه، وإن كان فاسقًا من حيث الاعتقاد، وهو الكفر؛ لأن اعتقاده الكفر، وهو يعتقده مباحًا، وإن كان رأس الفسوق لا يدل على شهادة الزور، وهو يعتقده حرامًا فى دينه، فكذا هذا.

وليس كالخطابية لأن الخطابية قوم من الروافض، يستجيزون أداء الشهادة بالحلف، ولو تحقق هذا من المسلم لا تقبل شهادته، وإن لم يكن صاحب هوى، فمن صاحب الهوى أولى، وليس كما لو كان ماجنًا فى هواه، فإنه لا تقبل شهادته لكونه ماجنًا لا لهواه، فإن غير صاحب الهوى من المسلمين إذا كان ماجنًا لا تقبل شهادته؛ لأن الماجن بين العاقل والمجنون، فإن الماجن من يشبه بعض أقواله وأفعاله أقوال العقلاء وأفعالهم، وبعض أقواله وأفعاله يشبه أقوال المجانين وأفعالهم.

١٤٨٩٤- ولا تجوز شهادة الرجل على الرجل إذا كانت بينهما عدواة؛ لأن طبع كل أحد داعٍ إلى الانتقام من عدوه، فعسى يريد بهذه الشهادة الانتقام منه، فتمكنت التهمة فى هذه الشهادة، فلم تقبل، قالوا: هذا إذا كانت العداوة بينهما فى شىء من أمر الدنيا، فأما إذا كانت بسبب شىء من أمور الدين، فإنه تقبل شهادته عليه؛ لانتفاء تهمة الكذب؛ لأن من يحمله قوة دينه على أن يعادى غيره لمجاوزته حد الدين، لا يقدم على شهادة الزور مع ما علم من الوعيد بشاهد الزور.

١٤٨٩٥- وفى "كتاب الأقضية": إذا أسلم الرجل وهو لا يقرأ القرآن، فشهادته جائزة، يريد بقوله: لا يقرأ القرآن لم يتعلم القرآن للحال، وإنما جازت شهادته لأنه عدل مسلم، وبأن لم يتعلم القرآن للحال لا يصير فاسقًا.

١٤٨٩٦- وأما شهادة عمال السلطان فهى مسألة "الجامع الصغير"، وقد ذكرنا أنها جائزة من العلماء من قال: أراد به الأمراء؛ لأنه لا يختار الإمارة إلا عدل، وشهادة العَدل مقبولة، ولأن نفس العمل ليس بجرح، إنما الجرح هو الظلم؛ لأن العامل إذا كان عدلا، يستحق به ثوابًا عظيمًا على ما رُوى عن رسول الله ﷺ: «سبعة يظلّهم الله تعالى

يوم لا ظل إلا ظله وذكر فيه إمامًا مقسطًا»[1]، وألا ترى أن الكبراء من الصحابة أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم كانوا عمالا، ولو كان نفس العمل جرحًا لتنزهوا عن ذلك.

ومنهم من قال: أراد به عامل الصدقة، وتقبل شهادته إذا كان عدلا؛ لما بينّا أن نفس العمل ليس بجرح؛ لأن الجرح هو الظلم والجور، ويروى عن الحسن البصرى أنه قال: لاتجوز شهادة العاشر؛ لأنه هو الذى يأخذ بغير حق وزيادة على قدر الحق.

والحاصل: أن العمال إذا كانوا عدولا لا يأخذون من الناس بغير حق تقبل شهادتهم، وإن أخذوا بغير حق من الناس، ولم يكونوا عدولا، فالصحيح من الجواب أنه لا تقبل شهادتهم، وإن كان قد قال بعض المشايخ: بقبولها، وجه الصحيح من الجواب ظاهر وجه من قبلها أن الفسق لا يمنع قبول الشهادة لعينه، بل لمكان تهمة الكذب، والغالب منهم الترفّع عن الكذب.

١٤٨٩٧- وذكر الصدر الشهيد حسام الدين فى وديعة "الواقعات": أن شهادة الرئيس والجانى فى السكة أو فى بلده الذى يأخذ الدراهم فى الجبايات، والصرّاف الذى يجمعون الدراهم إليه، ويأخذ طوعًا لا تقبل.

١٤٨٩٨- وتجوز شهادة الشريك المفاوض لشريكه إذا لم يكن المشهود به مشتركًا بينهما، كالحدود والقصاص والنكاح والوصية؛ لأنها شهادة عدل لغيره من كل وجه، وإن كان المشهود به مشتركًا بينهما لم تقبل؛ لأنه يصير شاهدًا لنفسه فى البعض، وشهادة الإنسان لنفسه لا تقبل، وإذا لم تقبل شهادته لنفسه فى نصيبه، لاتقبل لشريكه أيضًا فى نصيب شريكه؛ لأن هذه شهادة واحدة، فإذا بطل بعضها بطل كلها.

١٤٨٩٩- وشهادة أحد شريكى العنان لشريكه تقبل فيما ليس من شركتهما، وفيما إذا كان من شركتهما لم تقبل، ذكر المسألة على هذا الوجه فى "كتاب الأقضية"،

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" (٦٢٩) ومسلم فى "صحيحه" (١٠٣١) والنسائى فى "سننه" (٥٣٨٠) والترمذى فى "سننه" (٢٣٩١)، وابن خزيمة فى "صحيحه" (٣٥٨) وابن حبان فى "صحيحه" (٤٤٨٦)، وأبو عوانة فى "مسنده" (٧٠٢١) وأبو نعيم فى "المسند المستخرج" (٢٣٠٥) والبيهقى فى "الكبرى" (٤٧٦٧) والربيع فى "مسنده" (٤٨) ومالك فى "الموطأ" (٧٠٩) وأحمد فى "مسنده" (٩٦٦٣) والطبرانى فى "الأوسط" (٩١٣١) وغيرها كثيرة جدًا.

وفى الأصل يقول: شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه لا تقبل إلا فى الحدود والقصاص والنكاح؛ لأن ما عدا الحدود والقصاص مشترك بينهما، فكان شاهداً لنفسه من وجه، وشهادة الإنسان لنفسه لا تقبل، وشهادة أحد شريكى العنان لصاحبه فيما كان من تجارتهما لا تقبل، وفيما لم يكن من تجارتهما مقبولة، ولم يذكر مثل هذا التفصيل فى المفاوضة؛ لأن العنان قد يكون خاصّا، وقد يكون عامّا، فأما المفاوضة لا تكون إلا فى جميع الأموال، وقد عرف ذلك فى كتاب الشركة، وعلى قياس ما ذكر شيخ الإسلام فى كتاب الشركة: أن المفاوضة تجوز خاصة يجب أن يكون الجواب فى المفاوضة على التفصيل الذى ذكرنا فى العنان.

١٤٩٠٠- وشهادة الأجير المشترك مقبولة، وشهادة أجير الوحد لأستاذه لا تقبل استحسانًا، سواء كان أجير مياومة أو مشاهرة أو مسانهة.

١٤٩٠١- وفى كفالة الأصل: لا تجوز شهادة الأجير لأستاذه، وفى كتاب الديات: تجوز شهادة الأجير لأستاذه، والمراد من المذكور فى كفالة الأصل الأجير الخاص، فالمراد من المذكور فى الديات الأجير المشترك.

١٤٩٠٢- والقياس أنه تقبل شهادة أجير الوحد أيضًا؛ لأنه عدل شهد لغيره من كل وجه، فتقبل قياسًا على الأجير المشترك قياسًا على شهادة الأستاذ لأجيره، فإنها تقبل، وإن كان أجير خاص له، ولا شك أنه شهد لغيره من كل وجه؛ لأنه ليس له فيما شهد لا ملك ولا حق، ولا شبهة ملك ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع، ولهذا جاز للأستاذ وضع الزكاة فيه.

وجه الاستحسان ما أشار إليه محمد فى الكتاب فقال: لما بلغنا فى ذلك عن شريح، وحال الناس التى هم عليها اليوم، أشار إلى أنه إنما ترك القياس بقول شريح، والإجماع المنعقد من أهل زمانه على قول شريح، والإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة، يُترك بها القياس، ويخصّ بها الأثر، فإنما ترك القياس فى الأجير الواحد لهذا، ولنوع من المعنى، وهو أن الأجير الوحد مملوك للأستاذ من وجه، أعنى به[1] منفعةً، ألا ترى أنه لا يملك أن يؤاجر نفسه من غيره فى مدة الإجارة، فهذا مملوك من

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: أغنى به.

وجه شهد لمالكه، فلا تقبل، ألا ترى أن شهادة المرأة لزوجها لا تقبل؛ لأنها مملوكة لزوجها من وجه ملك النكاح، بخلاف الأجير المشترك؛ لأنه غير مملوك لأستاذه منفعة، وألا ترى أن له أن يؤاجر نفسه من غيره في مدة الإجارة، وبخلاف الأستاذ إذا شهد لأجيره؛ لأنه ليس بمملوك لأجيره أصلا، فهذا هو الحرف المعتمد في المسألة.

ومن مشايخنا من يقول: الأجير الوحد يستحق الأجير بتسليم النفس في المدة، لا بحقيقة العمل، وحال ما يشهد مسلم نفسه إلى المستأجر، فيكون مستحقّا بعض الأجر بأداء ذلك، فيصير شاهدًا بأجر، فلا تقبل شهادته، بخلاف الأجير المشترك، إلا أن هذا الوجه لايكاد يصح؛ لأن الأجير الوحد إنما يستحق الأجر بتسليم نفسه إلى المستأجر في مدة الإجارة إذا سلّم نفسه للعمل الذي شرط عليه في العقد، أما إذا سلّم نفسه في مدة الإجارة، لعمل آخر، لا يستحق الأجر، ألا ترى أنه إذا استأجر إنسانًا شهرًا ليرعى غنمه، ثم استخدمه في الشهر، لا يستحق الأجر، وإنما لا يستحق لما قلنا، كذا ههنا.

١٤٩٠٣- وذكر الخصّاف في "أدب القاضي": إذا شهد أجير القاتل على المولى أنه عفاه عن الدم، ذكر في "المجرد" عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، وفي ديات "الأصل": أنه يجوز، ويجوز أن يكون المراد من المذكور في المجرد الأجير الخاص، ومن المذكور في الديات الأجير المشترك، ولو كان أجيرًا خاصّا مشاهرة، فلم يردّ القاضي شهادته، ولم تظهر عدالته حتى مضى الشهر، ثم عدّل قال: أبطل شهادته، كمن شهد لامرأته، ثم طلقها قبل أن يعدّل، ولو شهد ولم يكن أجيرًا، ثم صار أجيرًا قبل أن أقضي أبطل شهادته، فإن لم أبطلها، حتى بطلت الإجارة، ثم أعادها جاز، هكذا ذكر في "العيون".

١٤٩٠٤- وشهادة أهل الصناعات جائزة إذا كانوا عدولا، وقال بعض العلماء: لايجوز لكثرة خلافهم، وكثرة ما يجرى من الأيمان الفاجرة بينهم، وعامة العلماء يقولون: المجوّز ثمة العدالة، وقد وجدت.

قال الخصاف في "أدب القاضي": شهادة بائع الأكفان لا تقبل، قال شمس الأئمة الحلواني: عندنا إنما لا تقبل شهادته إذا ابتكر لذلك، وترصّد لذلك العمل؛ لأنه حينئذٍ يتمنى الموت والطاعون، فأما إذا كان يبيع الثياب هكذا، ويشتري منه الأكفان، تجوز

شهادته، وذكر القاضي الإمام أبو زيد في شرح كتاب الشفعة في أوله، وقد قال بعض مشايخنا: إن شهادة الصكاكين لا تقبل؛ لأنهم يكتبون: هذا ما اشترى فلان من فلان، وقبض المشترى ما اشترى، وسلّم البائع ما باع، وضمن الدرك، وكذا يكتبون مثل هذه الألفاظ في الإجارة، وإن لم يكن شيء من ذلك بينهما، فيكون هذا منهم كذبًا محضًا، ولا فرق بين الكذب بالقول وبين الكذب بالكتابة، فيكونون فسقة، فلا تقبل شهادتهم، والصحيح أنه تقبل شهادتهم إذا كان غالب حالهم الصلاح.

١٤٩٠٥- وإذا كان الرجل يبيع الثياب المصوّرة، أو ينسج الثياب المصورة، لا تقبل شهادته، هكذا في "الأقضية"، وفيه أيضًا: ومن كثر لغوه لا تقبل شهادته، قال عليه السلام: «من كثر كلامه كثر سقطه»[1] فكيف إذا كثر لغوه.

١٤٩٠٦- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: لا تجوز شهادة أصحاب الحمر، وأراد به النخاسين، وإنما قال ذلك لكثرة ما يكذبون، ولأيمانهم الفاجرة، فإن علم من واحد منهم أنه لايجرى منه الكذب، واليمين الفاجرة، وكان عدلا قبلت شهادته.

١٤٩٠٧- وفي مناقب أبي حنيفة: أن شهادة البخيل لا تقبل؛ لأنه لبخله يستقصي فيما يقبض من الناس فيأخذ زيادة على حقه، فلا يكون عدلا.

١٤٩٠٨- قال أبو يوسف: وتجوز شهادة الأقلف إذا كان عدلا، وكذا عن الحسن البصري، وهذا لأن قبول الشهادة يعتمد العدالة، والعدالة لا تنعدم بترك الختان إذا ترك الختان لعُذر، وهذا لأن الختان وإن كان سنة عندنا، إلا أن ترك السنة إنما يوجب الفسق إذا كان الترك على وجه الإعراض عن السنة، وعندنا لو ترك الختان على وجه الإعراض عن السنة، لا تقبل شهادته، وإنما تقبل شهادته إذا ترك بعذر، قيل: العُذر في ذلك الكبر، وخوف الهلاك.

ثم لا بد من معرفة صفة الختان ووقته، فأما صفته فقد اختلف العلماء في بعضهم، قالوا: إنه فريضة، وقال علماءنا: إنه سنة، قال عليه السلام: «الختان سنة

---

(١) أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٢٢٥٩ و٦٥٤١) والزهد لابن المبارك (٨٤٢) وأحمد بن حنبل في "الزهد" (٢٩)، وذكره الهيثمي في "المجمع" (١٠/ ٣٠٢) والشهاب في "مسنده" (٣٧١).

للرجال والنساء مكرمة»[١]، وأراد به سنة إبراهيم عليه السلام؛ لأنه أول من ختن واختتن، وأما وقته فلم يقدر أبو حنيفة فيه تقديرًا؛ لأنه لم ينزل فيه قرآن، ولم يرد فيه سنة، ولم ينقل فيه إجماع الصحابة، وطريق معرفة المقادير السماع، فلهذا لم يُقدّر فيه تقديرًا.

والمتأخرون من مشايخنا اختلفوا فيه بعضهم، قالوا: من سبع سنين إلى عشر سنين، وبعضهم قالوا: اليوم السابع من ولادته، أو بعد السابع بعد أن يحتمل الصبى، ولا يهلك لما رُوى أن الحسن والحسين ختنا يوم السابع، أو بعد السابع، ولكنه شاذ.

١٤٩٠٩- وشهادة الخصى مقبولة، فقد صح أن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصّى على قدامة بن مظعون[٢]؛ ولأن الذى فات عضوه من أعضاءه، فصار كما لو فات يده أو عينه، وذلك لا يمنع قبول الشهادة، كذا ههنا.

١٤٩١٠- قال أبو يوسف: ولا أجيز شهادة من شتم أصحاب رسول الله ﷺ؛ لأنه لو شتم واحدًا من الناس لا تجوز شهادته، فهنا أولى، وكذلك شهادة قاذف المحصنات؛ لأن محكوم عليه بالكذب، قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾[٣] ثم المتّهم بالكذب لا تقبل شهادته، فالمحكوم عليه بالكذب أولى أن لا تقبل شهادته.

١٤٩١١- وحكى عن نصير بن يحيى: أنه سئل عمّن يشتم أهله ومماليكه وأولاده، أتقبل شهادته؟ قال: إذا كان فى كل يوم وكل ساعة فلا، وإن كان أحيانًا تقبل إن شاء الله.

قال الفقيه أبو الليث: هذا فى شتم دون القذف، فأما القذف فكبيرة فتسقط به العدالة، وإن كان يتبرأ عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ، فهذا هوى، وقد بينّا حكم شهادة أهل الأهواء.

---

(١) أخرجه معمر فى "جامعه" (٢٠٢٤٤) وأحمد فى "مسنده" (٢٠٧٣٨) والطبرى فى "الكبير" (٧١١٢) وفى "مسند الشاميين" (١٤٦)، وأخرجه البيهقى فى "الكبرى" (١٧٣٤٣).

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: مطعون.

(٣) سورة النور: الآية ١٣.

وإن كان رجل يشتم الناس ويشتمونه، فهو ماجن، ولا شهادة للماجن، ومن سالت عنه فقالوا: نتهمه بشتم أصحاب رسول الله، لم أقبل ذلك، وأجيز شهادته، ولو قالوا: نتهمه بالفسق والفجور، ونظن ذلك به، ولم نره، قبلت ذلك، ولم أجز شهادتهم؛ لأنهم إذا اتهموه بالفسق مطلقًا، فقد بيّنوا أنه عندهم غير عدل بوجه ما، فلم تظهر عدالته بوجه من الوجوه، بخلاف ما إذا قالوا: نتهمه بشتم أصحاب النبى عليه السلام؛ لأن هناك عدّلوه فيما سوى ذلك، ولم يثبت هذا الجرح بمجرد التهمة، فبقى اعتبار العدالة، ذكر المسألة على هذا الوجه فى "الأقضية".

١٤٩١٢- وتجوز شهادة المحدود فى الزنا والسرقة وشرب الخمر إذا تابوا، بخلاف المحدود فى القذف، فإنه لا تقبل شهادته وإن تاب، والفرق أن ردّ شهادة المحدود فى القذف من تمام الحد، عُرف ذلك بالنص، وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة، فكذا ما هو من تمام الحد، أما رد شهادة هؤلاء ليس من تمام الحد؛ لأن النص لم يرد به، ولايدخل القياس فى الحدود، وإنما رد شهادة هؤلاء لفسقهم، وقد زال الفسق بالتوبة، ولا تجوز شهادة المتهم به، ورد الأثر عن النبى ﷺ، ولا تجوز شهادة الفاسق عندنا، وعن أبى يوسف أن الفاسق إذا كان ذا مروءة، وكان وجيهًا تقبل شهادته؛ لأنه لوجاهته لا يتجاسر أحد على استئجاره، ولمروءته لا يرتكب الكذب من غير منفعة، إلا أن فى ظاهر الرواية لم يفصّل بل أطلق الجواب إطلاقًا وهو الأصح؛ لأن فى قبول الشهادة والعمل بها إكرام الشهود، والفاسق مستحق للإهانة، ولو قضى قاضٍ بشهادة الفاسق، تعد[1] قضاءه عندنا، والمسألة مرّت فى "كتاب أدب القاضى".

١٤٩١٣- ولا تجوز شهادة الأخرس عند علمائنا، ولا تقبل شهادة الأعمى فى شىء من الحقوق فى المسموعات والمنقولات عند علمائنا، فقد صح عن على رضى الله عنه أنه رد شهادة الأعمى، فهذا قول روى عن على رضى الله عنه، ولم يُرو عن أقرانه خلاف ذلك، فحل محل الإجماع، ولأنه يحمل الشهادة من وراء الحجاب، وأدّاها من وراء الحجاب، فلا تقبل شهادته قياسًا على البصير إذا تحمل الشهادة من وراء الحجاب، وأدّاها من وراء الحجاب، وإنما لا تقبل ثمة؛ لأنه تمكن فيها زيادة تهمة لا يتمكن، متى

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: بعد.

عاين المشهود له وعليه؛ لأنه متى لم يعاين إنما يشير إلى المشهود له وعليه بالسماع، والاسم والنسبة، وإنه مما لا يقطع الشركة، ومتى عاين حالة التحمل، وأشار حالة الأداء، ينقطع الشركة، ولما تمكن زيادة تهمة الحجاب، وأمكن الاحتراز عنها، بأن يتحمل ويؤدى من غير حجاب، لما كان الحجاب منع قبول الشهادة، وكذلك ههنا تمكنت زيادة تهمة فى شهادة الأعمى يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود، وهم البصراء، فإن إشهاد البُصراء على الحوادث ممكن من غير حرج.

١٤٩١٤- هذا إذا تحمّل الشهادة، وهو أعمى وشهد وهو أعمى، فأما إذا تحمّل الشهادة وهو بصير، ثم أدّى، وهو أعمى، هل تقبل شهادته؟ عند علماءنا أجمعوا على أنه فى المنقول لاتقبل؛ لأن الإشارة إلى المنقول شرط لصحة الشهادة، ولايقوم الوصف مقام الإشارة فى المنقول عندهم جميعًا، ولا عبرة الإشارة الأعمى؛ لأنه لا يعاين المشهود به، فصار التحمل وجود الإشارة منه وعدمه بمنزلة، وبدون الإشارة لا تقبل الشهادة فى المنقول، وأما إذا كان المشهود به دينًا أو عقارًا، اختلفوا فيه.

قال أبو حنيفة ومحمد: لا تقبل هذه الشهادة، وقال أبو يوسف: تقبل، وأبو يوسف جعل العَمى مانعًا صحة التحمل، ولم يجعل مانعًا صحة الأداء وإنما فعل كذلك؛ لأن الاحتراز عن عمى الشاهد ممكن لصاحب الحق حالة التحمل من غير حرج إشهاد البُصراء، فيكون العَمى مانعًا صحة التحمل، وأنه حاجب بين المشهود له، وبين المشهود عليه، وأما إذا صحّ التحمل من البصير، فالاحتراز عن العَمى غير ممكن لصاحب الحق، فقام الاسم والنسبة حالة الأداء مقام الإشارة كما فى الميت والغائب وأبو حنيفة ومحمد احتجا بما روينا من حديث على رضى الله عنه أنه رد شهادة الأعمى، ولم يفصّل، ولم يستفسر أنه تحمل، وهو بصيرًا وأعمى، فدل أن الحكم لا يختلف، والمعنى فى ذلك أن التحرز عن العَمى حالة الأداء ممكن لصاحب الحق من غير حرج، بأن يشهد على حقه جماعة كثيرة من البُصراء، حتى إذا عمى البعض يمكنه إثبات الحق بالبعض، ولما أمكنه الاحتراز عنه من غير حرج، لم يسقط اعتبار الإشارة إلى المشهود له، والمشهود عليه، ولم يكتف بالاسم والنسب كالبصير، إذا شهد من وراء الحجاب بالاسم والنسب، بخلاف الموت والغيبة؛ لأن الاحتراز عن ذلك غير ممكن لصاحب الحق، فقام الاسم والنسب والإشارة إلى نائب من عليه الحق مقام الإشارة إلى من عليه الحق، ولو

كان بصيراً وقت التحمل والأداء، إلا أنه عمى قبل القضاء، فكذلك الجواب على قول أبى حنيفة ومحمد القاضى: لا يقضى بشهادته، وعلى قول أبى يوسف: يقضى.

١٤٩١٥- وأجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو ذهب عقله، أو ارتد بعد الشهادة قبل القضاء أن القاضى لا يقضى بشهادته، والوجه فى ذلك أن المقصود من الشهادة القضاء، فما يمنع الأداء، يمنع القضاء والخرس والردة، وذهاب العقل يمنع الأداء بالإجماع، فيمنع القضاء، والعمى بعد التحمل يمنع الأداء عندهما، فيمنع القضاء أيضًا، وعند أبى يوسف: لا يمنع الأداء، فلا يمنع القضاء.

قال مشايخنا: وهذا كله فيما لا تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع، أما فيما تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع، فشهادة الأعمى مقبولة بلا خلاف، واستشهد فى "كتاب الأقضية" حجة لأبى حنيفة ومحمد على أبى يوسف بمثله، فقال: ألا ترى أن شاهدين لو قالا: نشهد أن فلانًا أشهدنا أنه جعل لابنه فلان هذا العبد وهذه الدار، وقد عرفناه يومئذٍ بوجهه واسمه ونسبه، إلا أنا لا نعرفه الساعة؛ لأنه شيخ أو لأنه قد نبتت لحيته، لم يجز القضاء بشهادتهما.

وجه الاحتجاج أن فى تلك المسألة لم يكتف بالمعرفة وقت التحمل، بل شرط المعرفة وقت الأداء، فكذا ههنا لا يكتفى بآلة التمييز وقت التحمل، ويشترط وجودها وقت الأداء.

ثم فرّق بين شهادة الأعمى وبين شهادة الشهود على غائب لأجل كتاب القاضى إلى القاضى، والفرق أن ثمة الشهود يعرفون المدعى عليه، ويقولون: لو رأيناه عرفنا، فلا يكون ذلك شهادة على من لا يعلمون بوجوب الحق عليه، حتى لو قالوا: لا نعرفه اليوم، لا تقبل شهادتهم، فأما الأعمى لا يشهد على من يعلم بوجوب الحق عليه على الحقيقة، فلا يصح من أداء الشهادة.

وعن أبى حنيفة فى رواية: أن المدعى والمدعى عليه إذا كانا معروفين، ليس على اسمهما ونسبهما غيرهما تقبل شهادة الأعمى عند بيان الاسم والنسب.

وإذا كان الرجل يجن ساعة، ويفيق ساعة، فشهد فى حال إفاقته، تقبل شهادته، وقدّر شمس الأئمة الحلوانى ذلك بيومين، فقال: إذا كان جنونه يومين، أو أقل من

ذلك، ثم يفيق هكذا، فشهد فى حال إفاقته، تقبل شهادته، ذكره فى "شرح أدب القاضى" فى باب شهادة الأعمى.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٤٩١٦- وتجوز شهادة الرجل لمن أرضعته امرأته، ولأبويه من الرضاعة؛ لأن الرضاع تأثيره فى الحرمة خاصة دون ما سواها من الأحكام، ألا ترى أنه لا يستحق بها النفقة والإرث، فكذلك حكم الشهادة، وحقيقة الفقه فى ذلك أنه ليس لأحدهما تأويل ملك، ولا يسقط يد فى مال صاحبه، فلم يتمكن التهمة فى هذه الشهادة، فقبلت كما فى الأجانب، وكذلك تقبل شهادته لأخيه وأخته وعمته وعمه وخاله وخالته من الرضاع والنسب، أما من الرضاع؛ لأنه لما قبلت شهادته لهؤلاء من النسب؛ لأن تقبل شهادته لهؤلاء من الرضاع أولى، وأما من النسب، فلما سنبين بعد هذا إن شاء الله.

١٤٩١٧- ولا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا شهادة الولد لوالده، ولا شهادة الزوج لزوجته، ولا شهادة المرأة لزوجها، به ورد الأثر عن النبى ﷺ، والمعنى تمكن التهمة فى هذه الشهادة.

بيان تمكن التهمة فى شهادة الوالد لولده إن كان المشهود به مالا فلوجهين: أحدهما: أن للأب شبهة الملك فى مال الولد، قال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» فصار الأب كالشاهد لنفسه، والإنسان متهم فيما شهد لنفسه، وهذه تهمة يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود بأن يشهد له غير الوالد، والثانى: أن الأب وافر الشفقة على ولده، فيتهم بالميل إليه، وإن كان المشهود به نكاحًا أو قصاصًا، فالتهمة من وجه واحد، وهو الوجه الثانى.

بيان تمكن التهمة فى شهادة الولد لوالده: إن كان المشهود به مالا من وجهين: أحدهما: أن منافع الأملاك متصلة بينهما عرفًا وعادةً، فصار الشاهد شاهدًا لنفسه من وجه، والثانى: أن الولد وافر الشفقة على والديه، فيتهم بالميل إليهما، وإن كان المشهود به نكاحًا أو قصاصًا، فالتهمة من وجه واحد، وهو الوجه الثانى.

بيان تمكن التهمة فى شهادة الزوج لامرأته، وشهادة المرأة لزوجها من وجهين:

أحدهما: أن كل واحد من الزوجين شديد الشفقة على صاحبه، وإليه أشار عز وجل، فقال: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدّةً ورَحمَةً﴾[1] فيُتهم كل واحد منهما بالميل إلى صاحبه، كما في الوالدين والمولودين، وهذه تهمة يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود، بأن يشهد لكل واحد منهما الأجنبي.

والثاني: إن الأملاك بينهما متصلة عرفًا وشرعًا في حق المنافع بسبب الزوجية اتصالا يمنع وضع كل واحد منهما زكاة ماله عند صاحبه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يمنع الزوج صرف زكاته إلى امرأته إن كان لا يمنع صرف زكاتها إلى الزوج، ويثبت بسبب هذا الاتصال للزوج شبهة الاشتباه في مال امرأته، حتى لو وطئ جارية امرأته، وقال: ظننت أنها تحل لي، فإنه لا يحدّ كالابن إذا وطئ جارية أبيه، فيثبت أن الأملاك بينهما متصلة في حق المنافع نظير الاتصال فيما بين الوالدين والمولودين لا نظير الاتصال فيما بين الإخوة والأخوات، فمتى قبلنا شهادة كل واحد منهما لصاحبه، حصل لكل واحد منهما نوع منفعة في المشهود به مضافًا إلى الشهادة، وهذا يمنع قبول الشهادة.

والدليل عليه أن يد كل واحد منهما ثابتة في مال صاحبه، فيصير كل واحد منهما شاهدًا لنفسه، ولا يلزم صاحب الدين إذا شهد لغريمه بجنس حقه، تقبل شهادته وإن كان يثبت لنفسه منفعة، فإنه يأخذ المشهود به، فيصير ملكًا له؛ لأنا نقول: حصول المنفعة للشاهد فيما شهد به، إنما يمنع قبول الشهادة إذا كان حصول المنفعة مضافًا إلى الشهادة، فأما إذا لم يكن مضافًا إلى الشهادة، بل كان مضافًا إلى سبب آخر يحدثه إلى الشاهد بعد الشهادة باختياره، فإنه لايمنع قبول الشهادة.

١٤٩١٨- وفي مسألة الغريم لا يملك شيئًا من المشهود به بنفس الشهادة، وإنما يملك بأخذ يحدثه بعد الشهادة باختياره، فإن الأخذ في جنس حق سبب ملك، كقبول الهبة والبيع، وفي مسألتنا ما يحصل من المنفعة لأحد الزوجين يحصل بنفس الشهادة؛ لأنه يحصل بالزوجية والملك والملك آخرهما وجودًا، فيكون مضافًا إلى الملك الثابت بالشهادة، كما في الوالدين والمولودين ما يحصل من المنفعة يحصل بالولاد والملك إلا أن

---

(١) سورة الروم: الآية ٢١.

الملك آخرهما وجودًا، فكان حصول المنفعة مضافًا إلى الملك الثابت بالشهادة.

وشهادة الأخ لأخيه مقبولة، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ﴾[1] من غير فصل بين القريب والأجنبى، فهو على الكل إلا ما صار مخصوصًا عنه، وإنما خص عنه شهادة الوالدين والمولودين بالإجماع، وتخصيص الوالدين والمولودين لا يوجب تخصيص الأخ والأخت؛ لأن الظاهر فيما بين الإخوة والأخوات العداوة، دليله قصة يوسف عليه السلام.

وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب ميت، إنما يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب حيّ، وينبغى أن لا تقبل شهادته؛ لأن منافع الأملاك بين أبيه وبين أخيه منفصلة، فإذا شهد لأخيه فكأنه شهد لأبيه.

والجواب: شهادة الإنسان لأبيه إنما لا تقبل؛ لأن منافع الأملاك بين الأب وبين الابن متصلة، فكانت الشهادة للأب شهادة لنفسه من وجه، وشهادة الإنسان لنفسه لا تقبل، فأما شهادته لأخيه ليست بشهادة لنفسه أصلا؛ لأن منافع الأملاك بين الأخوين متباينة لا ينتفع بمال أخيه لا ابتداءً، ولا بواسطة الأب، فلم تكن هذه الشهادة لنفسه بوجه، فقبلت، وإذا ثبت الكلام فى الأخ ثبت فى الأخت؛ لأنهما سيّان فى القرابة، وثبت الكلام فى سائر القرابات نحو العمّ والعمّة والخال والخالة؛ لأن الأخ أقرب إليه من هؤلاء، فإذا قبلت شهادته للأخ، فلِهؤلاء أولى.

١٤٩١٩- ولا تجوز شهادة الرجل لولد ولده وإن سفل، ولا لجده وإن علا، وتجوز شهادته لأم امرأته، وابنتها، ولزوج ابنته، وامرأة ابنه، وامرأة أبيه، وأخت امرأته؛ لأن الثابت بين هؤلاء وبينه حرمة المناكحة لا غير، وأنها لا تمنع قبول الشهادة، كما فى الرضاع، ومن لا تجوز شهادته له لا تجوز شهادته لعبده ولا لمكاتبه ولا لأم ولده ولا لمدبره.

١٤٩٢٠- ولا تجوز شهادة العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد فى حقوق العباد عندنا، وكذلك شهادة معتق البعض عند أبى حنيفة؛ لأنه بمنزلة المكاتب ما دام يسعى - والله أعلم-.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٤٩٢١- العبد إذا شهد فى حادثة، وردّ القاضى شهادته، ثم أعتق وأعاد تلك الشهادة، قبلت شهادته، وكذلك الصبى والكافر إذا شهدا على مسلم، فردّ القاضى شهادتهما، ثم أسلم الكافر، وبلغ الصبى، ثم أعاد تلك الشهادة، تقبل شهادتهما.

فرق بين هذا وبين الفاسق إذا شهد فى حادثة، ورد القاضى شهادته، ثم زال الفسق بالتوبة، فأعاد تلك الشهادة، فإنه لا تقبل شهادته، وكذلك الزوج إذا شهد لزوجته وهو حر، أو الزوجة لزوجها وهى حرة، فردّ القاضى شهادتهما، ثم ارتفعت الزوجية، فأعاد تلك الشهادة، لا تقبل شهادتهما.

ووجه الفرق بينهما: إن رد الشهادة فى الفاسق والزوج والزوجة إذا كانا حرّين محال على تهمة الكذب، غير محال على كونه غير أهل للشهادة؛ لأن الفاسق أهل للشهادة، والزوج والزوجة كذلك، لقيام ولاية كل واحد منهم على نفسه على الكمال، إلا أنه تمكنت فى شهادتهم زيادة تهمة بسبب الفسق، أو بسبب وصلة الزوجية، فكان الردّ محالا على تهمة الكذب، وهذا كان الد محالا على تهمة الكذب صار الشاهد برد القاضى شهادته بتهمة الكذب مكذبًا من جهة الشرع فيما شهد به، وتكذيب الشرع ينزل منزلة التكذيب من حيث العيان، ولو ثبت التكذيب من حيث العيان، لا يكون لشهادته عبرة بعد ذلك، فكذا هذا.

أما فى العبد إن كان عدلا، فرد الشهادة غير محال به على تهمة الكذب؛ لأنه عدل، فيكون محالا على كونه غير أهل، فلم يصر مكذبًا فيما أخبر من جهة الشرع، فقبل خبره إذا صار من أهل الشهادة بالعتق، كما قبل الشهادة، وإن كان العبد فاسقًا، فقد تمكن فى شهادته عدم الأهلية وتهمة الكذب، فكان الرد محالا على عدم الأهلية، لا على تهمة الكذب حتى يتوقف الرد، ولا يتأبد فيكون تقليلا للرد بقدر الإمكان.

وفى الصبى تمكن عدم الأهلية، وتمكن تهمة الكذب أيضًا؛ لأنه لا يبالى من الكذب من حيث إنه لا يحرج، وفى الكافر تمكن تهمة الكذب؛ لأن عداوته مع المسلم أمر ظاهر، وتمكن عدم الأهلية أيضًا؛ لأنه لا ولاية له على المسلم، فأحيل الرد على

عدم الأهلية، لا على تهمة الكذب، فلم يصر مكذبًا فيما أخبر من جهة الشرع، فقبل خبره إذا صار أصلا[1].

١٤٩٢٢- النصرانى إذا حُدّ حدّ القذف ثم أسلم، فإن شهادته جائزة، والعبد إذا حُدّ حد القذف، ثم أعتق فإن شهادته غير جائزة، والفرق: إن رد الشهادة موجب القذف، وأن من تمام الحد، والنصرانى حال ما قذف كانت له شهادة، فردت تتميمًا للحد، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى لم تكن، فأما العبد حال ما قذف لم تكن له شهادة، فتوقف كون القذف موجبًا رد الشهادة على حدوث الشهادة، فإذا تحمل العبد شهادة لمولاه، فلم يؤدها حتى عتق ثم شهد بها جازت؛ لأن التحمل منه قد صحّ؛ لأن التحمل بالمعاينة والسماع والرق لا ينافى ذلك، وعند الأداء هو من أهل الشهادة، ولا تهمة فى شهادته، فقلنا: بقبولها، وكذلك إذا تحمل أحد الزوجين شهادة لصاحبه، ثم وقع البينونة بينهما، وأدّى تلك الشهادة جاز لما قلنا.

ولو شهد لصاحبه حال قيام النكاح، فلم يقبل القاضى شهادته ولم يردها، حتى وقعت الفرقة بينهما، لم يذكر محمد هذا الفصل فى "الأصل"، وعن أبى يوسف: أن القاضى لا يقضى بتلك الشهادة إلا أن يعيدها.

١٤٩٢٣- وإذا شهد المولى لعبده بشىء، أو شهد لمكاتبه، فردّ القاضى شهادته، ثم اعتقا، وأعاد المولى تلك الشهادة، لا تقبل شهادته؛ لأن رد الشهادة فى هذه الصورة محال على تهمة الكذب، لا على عدم الأهلية، فالمولى أهل للشهادة، والتقريب ما ذكرنا.

١٤٩٢٤- ولو شهد العبد أو المكاتب لمولاه، ورد القاضى شهادته، ثم اعتقا، وأعاد تلك الشهادة، تقبل شهادتهما، والمعنى ما ذكرنا.

وفى "المنتقى": إذا أشهد الأعمى على شىء، فشهد به عند القاضى، ورد القاضى شهادته، ثم ذهب العمى، فأشهده المشهود عليه ثانيًا بها، فشهد بها عند القاضى جاز؛ لأنه إنما ردّ الأولى؛ لأنه لم يكن شهادة، وإن أشهد على شهادة وهو بصير، فشهد عليها عند القاضى فى حالة العمى، فرد القاضى، ثم ذهب العمى، فشهد بها

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: أهله.

ثانية، فعلى قول أبى يوسف لا تقبل؛ لأنها كانت شهادة قاطعة فردت.

١٤٩٢٥- وإذا شهد حُران مسلمان بالغان فى حق من الحقوق، وكانا يوم أشهدا صغيرين، أو كافرين، أو عبدين، قبلت شهادتهما؛ لأن هؤلاء من أهل تحمل الشهادة؛ لأن مبناها على السماع والمعاينة، وهؤلاء من أهله، ولكنهم ليسوا من أهل الأداء بسبب الرق والكفر والصبا، وإذا زال الرق والكفر والصبا، صاروا من أهل الأداء، فتحققت الشهادة عن تحمل صحيح ممّن هو أهل الأداء، فقبلت -والله أعلم-.

الفصل الرابع
فى الإسماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة

١٤٩٢٦- ابن سماعة عن أبى يوسف : شاهدان شهدا على رجل بمال ، فقبل أن يقضى القاضى بشهادتهما شهد عليهما رجلان أنهما رجعا عن شهادتهما ، فإن كان الذى أخبر عن رجوعهما ممّن يعرفه القاضى ويُعَدّله وقف فى أمرهما ، ولم ينفذ شهادتهما .

١٤٩٢٧- وإذا شهد شاهد على الحق مفسّرًا ، وشهد الآخر على شهادته ، لا تقبل ، وكذلك إذا شهد الآخر على مثل شهادته ؛ لأن مثلا قد تكون صلة ، فصار هذا ، وما لو قال : أشهد على شهادته سواء ، أما إذا قال الآخر : أشهد بمثل ما شهد به الأول ، فعند الخصّاف : لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن قوله : أشهد بمثل ما شهد به الأول محتمل يحتمل أشهد بمثل ما شهد الأول كلا ، ويحتمل أشهد بمثل ما شهد به الأول بعضًا ، وعند عامة المشايخ تقبل هذه الشهادة .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى يقول : إن كان الشاهد الآخر فصيحًا ، يمكنه أداء الشهادة على وجهها ، ولا يدخله هيبة بسبب مجلس القضاء لا بدّ وأن يفسر الشهادة على الوجه الذى شهد به الأول .

ولو قال : أشهد بمثل ما شهد به الأول ، لا تقبل شهادته ، و إن كان الشاهد فصيحًا ، يمكنه أداء الشهادة على وجهها ، إلا أنه دخله حصر بسبب هيبة مجلس القضاء ، أو كان أعجميًا غير فصيح ، إلا أنه يمكنه بيان الشهادة على وجهها لو لا حشمة مجلس القضاء ، لايكلف تفسير الشهادة ، وإذا شهد بمثل ما شهد به الأول ، تقبل منه ، وإن كان الشاهد عجميًا ، لا يمكنه بيان الشهادة بلسانه أصلا ، لايقبل منه الإجمال .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى يقول : إن أحسّ القاضى بخيانة من الشهود ، لا بد وأن يفسّر الثانى الشهادة على الوجه الذى شهد به الأول ، وإن لم يحسّ

بخيانته لا يكلفه تفسير الشهادة، وإذا شهد بمثل ما شهد به الأول، تقبل، قال الصدر الشهيد في "أدب القاضي" : وعليه الفتوى، وكان شمس الإسلام الأوزجندي يقول : إنما يقبل الإجمال من الشاهد الآخر إذا قال في شهادته : لهذا المدعي على هذا المدعى عليه، هذه الجملة في "شرح أدب القاضي" للخصاف في باب القاضي يقضي في المسجد.

وفي هذا الباب أيضًا : إذا كتب شهادة الشاهد في بياض، وقرئ عليه ذلك، فقال : أشهد أن لهذا المدعي جميع ما سمّى، ووصف في هذا الكتاب على هذا المدعى عليه، أو قال : هذا المدعي به الذي قرئ، ووصف في هذا الكتاب في يد هذا المدعى عليه بغير حق، وواجبٌ عليه تسليمه إلى هذا المدعي، فهذه شهادة صحيحة، وهذا لأن هذه الشهادة قد تكون طويلة على وجه لا يمكن ضبطها، وأداءها على ظهر القلب، فلو لم يجز أداءها عن نسخة، أو صك لتعطلت الحقوق.

١٤٩٢٨- وحكى فتوى الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي : في رجل ادّعى دارًا من نسخة أو صك قرأها، فقال الشهود -وهم أمّيون- : ما همچنين گواهى مى دهيم لهذا المدعي على هذا المدعى عليه، أن شهادتهم صحيحة.

وسئل شمس الإسلام الأوزجندي عن الشهود : وإذا قالوا بالفارسية : ما گواهى دهيم كه اين عين مدّعا به ملك اين مدعى است، هل تقبل شهادتهم؟ قال : نعم، وقيل : ينبغي أن لا تقبل ؛ لأن قوله : ما گواهى دهيم في العُرف للاستقبال وللحال ما گواهى ميدهيم.

وفي "فتاوى النسفي" : وسئل عن شهود كان في لفظة شهادة كل واحد منهم ما گواهى مى دهيم كه فلان چيز ازان فلان است، هل يكون هذا بمنزلة قوله : ملك فلان است؟ قال : نعم ؛ لأن الناس اعتادوا استعمال كلا اللفظين استعمالا واحدًا، وكان الإمام ظهير الدين المرغيناني يقول : ينبغي للقاضي أن يستفسرهم أنهم أرادوا به الملك أو غيره؟ فإن فسّروا أخذ بتفسيرهم، وإن لم يفسروا وغابوا أو ماتوا، فالقاضي يقضي بشهادتهم بالملك، وسيأتي بعد هذا من هذا الجنس -إن شاء الله تعالى- .

١٤٩٢٩- وفي "فتاوى أبي الليث" : وإذا وقع البيع بالتعاطي بين رجلين،

ووقعت الحاجة إلى الشهادة، فالشهود كيف يشهدون؟ قيل: يشهدون على الأخذ والإعطاء، ولا يشهدون على البيع؛ لأن التعاطى بيع حكمى، وليس ببيع حقيقى، وقيل: لو شهدوا على البيع يجوز.

١٤٩٣٠- شهد الشهود بعين فى يدى رجل أنه ملك هذا المدعى، ولم يشهدوا أنه فى يد المدعى عليه بغير حق، حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى: أنه قال: لا تقبل هذه الشهادة، وكان الصدر الشهيد يفتى بقبول هذه الشهادة، وهكذا حكى فتوى جماعة من المشايخ، وبعض مشايخنا قالوا: تقبل هذه الشهادة فى حق القضاء بالملك، ولا تقبل فى حق إيجاب التسليم إلى المدعى، وهو الأشبه والأقرب إلى الصواب؛ لأن وجوب التسليم ينفك عن الملك فى الجملة، وهذا القائل يقوله: لو يسأل القاضى عن الشاهد أهو فى يد هذا المدعى عليه بغير حق؟ فقال الشاهد: لا أدرى، فالصحيح أنه تقبل هذه الشهادة على الملك؛ لأن القضاء بالملك لا يستدعى كون المدعى عليه مبطلا فى يده لا محالة؛ لجواز أن يكون العين ملكًا لإنسان، ويكون فى يد غيره بحق، بأن كان رهنًا، أو مستأجرًا، أو ما أشبهه، وسيأتى بعد هذا من هذا الجنس -إن شاء الله تعالى-.

١٤٩٣١- فى "فتاوى النسفى": ادعى على آخر عشرة دراهم، وشهد الشهود أن لهذا المدعى على هذا المدعى عليه مبلغ عشرة دراهم، أو بمبلغ عشرة دراهم، لاتقبل الشهادة؛ لأن الشهود شهدوا بخلاف ما ادعاه المدعى؛ لأن المدعى ادعى عشرة دراهم، والشهود شهدوا بمبلغ عشرة دراهم، ومبلغ عشرة دراهم مال سوى الدراهم، تبلغ قيمته عشرة دراهم، وقيل: تقبل، وهو الأصح؛ لأن المبلغ عبارة عما ينتهى إليه العدد المذكور.

ولو ادعى بالفارسية دوازده درهم، وشهد الشهود بهذه العبارة أن لهذا المدعى على هذا المدعى عليه ده دوازده درهم، لا تقبل لمكان الجهالة، وكذلك إذا ادعى ده دوازده درهم، لاتسمع دعواه لمكان الجهالة، وكذلك إذا ذكر التاريخ فى الدعوى على هذا الوجه، بأن قال: اين عين ملك منست از ده دوازده سال بأنه لاتسمع دعواه، وكذلك إذا ذكر الشهود التاريخ فى شهادتهم على هذا الوجه، لاتقبل شهادتهم.

١٤٩٣٢- وفى "فتاوى شمس الإسلام الأوزجندى": إذا شهد الشهود أن هذا العين حق هذا المدعى، ولم يقولوا: ملكه، قبلت الشهادة؛ لأن الحق مع الملك يستعمل استعمالا واحدًا، وقيل: لا تقبل، وقيل: ينبغى للقاضى أن يستفسر الشهود عن الحق، أرادوا به الملك، أو ما هو حقيقة الحق؟ ويبنى الأمر على ما فسروا، وعلى هذا: إذا ادعى أن هذه الدار حقى، ولم يقل: ملكى، هل يصح منه هذه الدعوى؟ اختلف المشايخ فيه.

وفى الفتاوى: سئل شدّاد عن ثلاثة نفر شهدوا فى حادثة، ثم قال أحدهم قبل القضاء: أستغفر الله قد كذبت فى شهادتى، فسمع القاضى ذلك، ولم يعلم أيهم قال: ذلك؟ فسألهم القاضى بعد ذلك، فقالوا: كنا على شهادتنا، فالقاضى لا يقضى بشهادتهم، ويقيمهم من عنده حتى ينظر فى ذلك، فإن جاء المدعى باثنين منهم فى اليوم الثانى يشهدان له بذلك، قُبلت شهادتهما، إذا شهد فى حادثة قبل الدعوى، ثم ادعاها بعد الدعوى، قبلت شهادته.

١٤٩٣٣- وإذا شهد الشهود على إقرار رجل بشراء محدود، أو بيع محدود، أو ما أشبه ذلك، لا بد وأن يذكروا فى الشهادة أنه أقر على نفسه، أو يقولوا أقر بشراءه لنفسه أو بيعه لنفسه؛ لأن إقراره كما يكون على نفسه يكون على غيره، وأما على غيره لا يكون حجة، فلا بد من ذكره.

١٤٩٣٤- وإذا شهد الشهود أن هذا العين ملك هذا المدعى، وفى يد هذا المدعى عليه بغير حق، ولم يقولوا، فواجب عليه قصر يده عنه، وتسليمه إلى هذا المدعى، وحكى عن شيخ الإسلام أبى الحسن السعدى: أن فيه اختلاف المشايخ، منهم من قال: لا بد وأن يقولوا: ذلك يعنى القضاء بالتسليم؛ لأنه لا يجوز أن يكون الشىء ملك إنسان، ولا يجب على صاحب اليد تسليمه إلى، ويكون معنى قوله: وفى يده بغير حق بغير حق الملك.

ومنهم من قال: لا حاجة إلى ذكره، وتكون الشهادة مقبولة، ويجبر المدعى عليه على التسليم إذا طلب المدعى ذلك؛ لأن كون الغير مملوكًا للإنسان يقتضى وجوب التسليم إليه يقتضيه الأصل إلا لعارض، ولم يثبت العارض بما قالوا، وفى يده بغير

حق، وإذا كان التسليم واجبًا بقضية الملك كان قولهم، فواجب عليه تسليمه إلى هذا المدعى بيان هذا الحكم، فلا حاجة إلى ذكره، وعليه أدركنا كثيرًا من مشايخنا.

قال شيخ الإسلام: هذا وأنا أفتى أن فى الشهادة قصورًا ادعى على آخر عشرة أقفزة حنطة دينًا، وذكر جميع شرائطه، وجاء بشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه أن هذا المدعى أرسل إليه عشرة أقفزة حنطة، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن بمجرد الإرسال لا تثبت وصول العين إلى المدعى عليه، ألا ترى أن فى العرف والعادة يقال: فلان أرسل إلىّ كذا، ولكن لم يصل إلىّ، فبعد أن ثبت الوصول إليه لا يثبت جهة الدَينية.

١٤٩٣٥- وإذا قال المدعى للقاضى: لا بينة لى، وحلف القاضى المدعى عليه بطلب المدعى، ثم جاء المدعى ببينة، روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة: أنه تقبل بينته، وعن محمد: أنه لاتقبل بينته؛ لمكان التناقض، وأبو حنيفة يقول: الجمع بين الكلامين ممكن، لجواز أن لم يكن له بينة حال ما قال: لا بينة لى، ثم حدثت له بينة بعد ذلك، بأن أقر المدعى عليه بعد ذلك بين يدى الشهود بما ادعى المدعى، فلايثبت التناقض، ذكر الخصّاف هذه المسألة على هذا الوجه فى "أدب القاضى".

وذكر الطحاوى فى "مختصره": أن المدعى إذا قال: لا بينة لى، أو قال الشهود: ما لنا شهادة، ثم جاء المدعى بشهود، أو شهد الذين قالوا: لا شهادة لنا، إن عن أصحابنا فيه روايتين، فى رواية لا تقبل؛ لمكان التناقض، وفى رواية تقبل.

وعلى هذا إذا قال المدعى: كل بينة أتى بها فهم شهود زور، ثم أتى ببينة، وعلى هذا إذا قال: ليس لى عند فلان شهادة فيما ادعى على هذا، فلما حلفه القاضى جاء بفلان، فشهد على هذا الخلاف إذا قال: مالى عند فلان، وفلان شهادة على هذا، ثم ادعى بعد ذلك شهادتهما.

١٤٩٣٦- رجل له دعوى فى عبد فى يدى رجل، وله على ذلك شهود، فقال واحد من الشهود عند القاضى لعبد من عبيد المدعى عليه: هذا العبد ليس هو العبد الذى لفلان فيه الدعوى، ثم إن المدعى ادّعى ذلك العبد بعينه لنفسه، وشهد له ذلك الشاهد الذى قال: تلك المقالة بين يدى القاضى، فقد قيل: يجب أن لا تقبل شهادته؛ لمكان التناقض، وقيل: يجب أن تقبل فى إحدى الروايتين على ما ذكره الطحاوى؛ لأنه ليس

فى كلام الشاهد أكثر من أنه قال: لا شهادة لى فى هذا العبد، ومن قال: لا شهادة له فى هذه الحادثة، ثم شهد بعد ذلك، ففى قبولها روايتان على ما ذكره الطحاوى، وعلى ما ذكره الخصاف تقبل على قول أبى حنيفة، فههنا كذلك.

وفى "فتاوى النسفى": ينبغى للشاهد أن يقول فى شهادته: اين عين ملك اين مدعى است، وحق وى است، حتى لا يمكن أن يلحق به، وحق وى، وكان الشيخ الإمام على البزدوى يقول: إذا قال المدعى: فلان چيز ملك منست، وحق من، لا يكتفى به، وينبغى أن يقول: وحق منست، ويقول فى قوله: وبدست فلان بنا حق است، وكذلك فى نظائره حتى لا يلحق به كلمة النفى، قال: الاحتياط فى هذا، ولكن هذا الاحتياط فى موضع يطالب بالتسليم، وقد ذكرنا جنس هذا قبل هذا.

١٤٩٣٧- وفى "فتاوى الفقيه أبى الليث": إذا ادعى على آخر أنه استهلك دوابًا له عددًا معلومًا، وأقام البينة على ذلك، ينبغى للشهود أن يبينوا الذكر والأنثى، وإن لم يبينوا ذلك، قال الفقيه أبو بكر: أخاف أن تبطل الشهادة، ولا يقضى للمدعى بشىء من دعواه، وإن بيّنوا الذكور والإناث، جازت شهادتهم، ولا يحتاج إلى ذكر اللون؛ لأن باختلاف اللون لا تختلف المنافع، فلا يصير المشهود به مجهولا، ولا كذلك الذكورة والأنوثة.

قيل: اشتراط الأنوثة والذكورة فى هذه الصورة مستقيمة خصوصًا على أصل أبى حنيفة؛ لأن القضاء بالقيمة عنده بناء على القضاء بملك المستهلك على ما عرف أن حق المالك باقٍ فى العين بعد الاستهلاك على أصله، وإنما ينتقل الحق إلى القيمة بقبض القيمة، أو بقضاء القاضى، وهذا القائل يقول: مع ذكر الأنوثة والذكورة لابد من ذكر النوع، بأن يقولوا: فرس أو حمار ونحوه، ولا يكتفى بذكر اسم الدابة؛ لأنها مجهولة النوع، ولا يحتاج إلى ذكر اللون، كما فى الوكالة.

ومن المشايخ من أبى ذكر الذكورة والأنوثة، وقال: المقصود من دعوى الدابة المستهلكة القيمة، والمدعى والشهود لا يستغنون عن بيان القيمة، والشهادة على القيمة مقبولة، فلايشترط بيان الذكورة والأنوثة، كما فى اللون، ألا ترى أن من ادعى على رجل مالا مقدرًا، وشهد الشهود له بذلك، فسألهم القاضى عن السبب، فقالوا:

استهلك عليه دابة، فالقاضي يقبل ذلك منهم، وطريقه ما قلناه.

١٤٩٣٨- وكذلك الرجلان إذا ادعيا نكاح امرأة ميتة، وأقاما البينة، فالقاضي يقضي لهما بالميراث، والقضاء بالنكاح للرجلين على امرأة واحدة متعذر، ولكن طريق القبول أن المقصود من دعوى النكاح بعد الموت دعوى الميراث، ولا تنافي في الميراث، فقضى بالميراث لهما لهذا، والأول أصح.

ووجه الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة دعوى النكاح أن دعوى النكاح من كل واحد من المدعيين صحيح، وشهادة كل فريق صحيحة، إلا أن في حالة الحياة لا يقضى بالنكاح؛ لأن المقصود من النكاح حالة الحياة الخلل، وأنه لا يقبل الشركة، فلم يقضِ بالنكاح حالة الحياة لهذا المعنى، لا لخلل في الدعوى أو الشهادة، أما بعد الموت المقصود وهو الميراث، والقضاء لهما بالميراث ممكن، فقضينا، أما في مسألتنا الدعوى لا تصح، وكذلك الشهادة؛ لأنهم شهدوا بملك المتلف والمدعى ادعى ملك المتلف، والقاضي يقضي بذلك، ثم القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك المتلف، والقضاء بالمجهول لا يصح، فلا يقضى.

وفيما إذا ادعى مالا مقدراً، وشهد الشهود بمال مقدر، وبيّنوا سبب استهلاك الدابة، نقول بأن القاضي لا يقضي بشهادتهم، إنما يقضي بشهادتهم إذا بيّنوا صفة الذكورة والأنوثة، وبيّنوا مع ذلك نوع الدابة.

١٤٩٣٩- رجل ادعى على غيره أنك أبرأتني عن جميع الدعاوى والخصومات، والمدعى عليه لم يخاصمه بعد، ولم يدّع عليه شيئًا، وجاء المدعي بشاهدين شهدا على ما ادعاه، فقد قيل: لا تقبل هذه الشهادة، وقد قيل: تقبل، وعلى قياس مسألة ذكرناها في "أدب القاضي": أن المطلوب إذا ادعى عند القاضي بأن الطالب أبرأني عن كل قليل وكثير، وهو اليوم في بلد كذا، وشهودي ههنا حضور، فاسمع من شهودي، واكتب لي إلى قاضي تلك البلدة أن على قول أبي يوسف: القاضي لا يسمع من شهوده، ولا يكتب له، وعلى قول محمد: يسمع ويكتب، يجب أن تكون هذه المسألة على ذلك الخلاف.

ولو قال المدعي في هذه المسألة: خاصمني وجحد الإبراء مرّة، يجب أن تقبل

شهادة شهوده بلا خلاف، كما في تلك المسألة.

١٤٩٤٠- رجل ادّعى عبداً في يدي رجل أنك بعتني هذا العبد، ونقدتك الثمن، وهو ألف، فجحد البائع البيع، وقبض الثمن، فشهد له شاهدان على إقراره بالبيع، وقبض الثمن، وقالا: لا نعرف العبد، ولكنه قال لنا: عبدي زيد، وشهد آخران أن هذا العبد اسمه زيد، أو شهدا على إقرار البائع أن هذا العبد اسمه زيد، فالبيع لا يتم بهذه الشهادة، ويحلف البائع، فإن حلف رد الثمن، وإن نكل لزمه البيع بنكوله، هكذا قاله أبو يوسف.

١٤٩٤١- وإن شهد شاهد البيع أنه أقر أنه باع عبده زيداً، فإن نسبوه إلى شيء يعرف من عمل أو صناعة أو حلية، فوافق ذلك هذا العبد، فهذا والأول سواء في القياس، لكني أستحسن إذا نسبوه إلى أمر معروف أن أجيزه، وكذلك الأمة.

١٤٩٤٢- وفي "المنتقى": شهد شاهدان أن لهذا في هذه الدار ألف ذراع، فإذا الدار خمسمائة ذراع، أو شهد أن له في هذه القراح عشرة أجربة، فإذا القراح خمسة أجربة، فالشهادة باطلة، ولو كان أقر بذلك أحد المقر له كلها.

١٤٩٤٣- وفيه أيضاً: شاهدان شهدا أن شاة هذا، دخل غنم هذا، ولم يعرفا الشاة، لا تقبل شهادتهما، ولو شهدا أنه غصب شاة، وأدخلها في غنمه، قضيت عليه بالقيمة، ولو شهدا أن داره في دار هذا هذه، ولم يحدّوا من أي موضع إلى أي موضع هي؟ فالشهادة باطلة، ولو شهدا أنه غصب داره، وأدخلها في داره، قضيت عليه بالقيمة.

١٤٩٤٤- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: في ثلاثة نفر لهم على رجل دين ألف درهم، فشهد اثنان منهم على الثالث أنه قد أبرأه عن حصته، لا يجوز؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما شركته إذا قبضا حصتهما، وهو بمنزلة ما لو قبضا نصيبهما، ثم شهدا أنه قد أبرأه عن نصيبه، وقال محمد: إن كانا قد قبضا نصيبهما فشهادتهما باطلة، وإن كانا لم يقبضا فشهادتهما جائزة، إذا شهدا على رجل أنه أقر أن اسمه عارية في هذا الدين، وهو لفلان وفلان يدعيه، فهي جائزة.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٤٩٤٥- قال محمد فى "الأصل": إذا شهد رجلان أن لهما ولفلان على هذا الرجل ألف درهم، فهذا على وجوه: الأول: أن ينصا على الشركة، بأن شهدا أن لفلان ولهما على هذا الرجل ألف درهم مشترك بينهم، وفى هذا الوجه لا تقبل شهادتهما أصلا؛ لأن المشهود به مشترك بينهم بحيث لا يمكن تمييز نصيب فلان عن نصيبهما، وقد تعذر قبول شهادتهما فى نصيبهما، فيمتنع قبولها فى نصيب فلان ضرورة.

الثانى: إذا نصّا على قطع الشركة بأن قالا: نشهد أن لفلان على هذا خمسمائة، وجب بسبب على حدة، ولنا عليه خمسمائة وجب بسبب على حدة، وفى هذا الوجه تقبل شهادتهما فى حق فلان، وهذا ظاهر.

الثالث: إذا أطلقا الشهادة إطلاقًا، وفى هذا الوجه لا تقبل الشهادة أصلا؛ لأنه محتمل أن المشهود به مشترك بينهم، وعلى هذا التقدير لا تقبل شهادتهما، فلاتقبل بالشك.

١٤٩٤٦- وإذا كان الرجل على ثلاثة نفر ألف درهم، شهد اثنان منهم أن صاحب الدين أبرأهما وفلانًا عن الألف التى كانت له عليه وعليهما، فإن كان البعض كفيلا عن البعض، لا تقبل شهادتهما أصلا؛ لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما مغرمًا؛ لأن براءة فلان عمّا عليه، وهو أصيل فى حقهما يوجب براءتهما، وإن لم يكن البعض كفيلا عن البعض، فإن شهدا أنه أبرأهما وفلانًا بكلمة واحدة، لاتقبل شهادتهما أصلا؛ لأن الشهادة حصلت بكلمة واحدة، وقد بطلت فى البعض، فيبطل فى الباقى[1] ضرورة، وإن شهدا أنه أبرأهما على حدة وفلانًا على حدة، تقبل شهادتهما فى حق فلان، ونظير هذا ما ذكر فى كتاب الحدود، إذا شهد رجلان أن فلانًا قذف أمنا، وهذه بكلمة واحدة لا تقبل شهادتهما، ولو شهدا أنه قذف أمنا على حدة، وهذه على حدة، قبلت شهادتهما فى حق هذه، وطريقه ما قلنا.

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: الثانى.

١٤٩٤٧- وفى "المنتقى" : إذا شهد رجل وامرأتان أن زوج المرأتين قال لنساءه : أنتنّ طوالق، لم تجز الشهادة على طلاقهما ، وعلى طلاق غيرهما ، ولو شهد شاهدان أنه أوصى بثلث ماله لفقراء أهل بيته ، وهما فقيران بنى تميم ، وهما من بنى تميم ، وهما فقيران ، جازت الشهادة[1] ، ولا يعطيان شيئًا ؛ لأنه لو قسم فى بعضهم جاز .

١٤٩٤٨- ولو شهدا أنه أوصى بثلث ماله لفقراء أهل بيته ، وهما فقيران من أهل بيته، أو ولدهما فقير من أهل بيته ، لم تجز الشهادة لهما ، ولا لغيرهما ، وإن كانا غنيّين ، ولا ولد لهما فقير ، جازت الشهادة ، وفى الوصايا : لو أوصى بثلث ماله لفقراء جيرانه ، فشهد رجلان على ذلك لهما أولاد يحتاجون فى جوار الموصى ، قال محمد : لا تقبل هذه الشهادة أصلا ، أما فى حق أولاد الشهود فظاهر ، وأما فى حق الباقين فلأن الشهادة واحدة .

١٤٩٤٩- وفى وقف هلال : لو وقف على فقراء جيرانه ، فشهد على ذلك شاهدان من فقراء جيرانه ، قبلت شهادتهما، وإذا شهد أهل مسجد على وقفية كراسة على مسجدهم ، أو على أهل مسجدهم ، وهم يحصون حتى يجوز الوقف ، هل تقبل شهادتهم؟ ينظر إن كان الشاهد ممن يقرأ أوله ولد يقرأ ، لا تقبل شهادته ، وإن كان ممن لا يقرأ ، وليس له ولد يقرأ ، تقبل شهادته .

وهو نظير أهل مدرسة شهدوا على وقف تلك المدرسة ، أو أهل محلة شهدوا على وقف تلك المحلة ، وهناك بعض المشايخ فصّلوا الجواب تفصيلا ، فقالوا : فى شهادة أهل المدرسة إن كانوا يأخذون الوظيفة من ذلك الوقف ، لا تقبل شهادتهم ، وإن كانوا لا يأخذون تقبل ، وكذلك فى أهل المحلة من شهد وهو ممن يأخذ شيئًا من ذلك ، لا تقبل شهادته ؛ لأنه حينئذٍ يكون ذلك شهادة حاز المغنم[2] ، وعلى هذا الشهادة على وقف الكتب ، وللشاهد صبى فى المكتب ، أو ليس له صبى فى المكتب ، وبعض مشايخنا قالوا : يجب أن تقبل الشهادة فى هذه المسائل كيف ما كان ؛ لأن كون الفقيه فى المدرسة أو كون الرجل فى المحلة ، أو كون الصبى فى المكتب ليس بأمر لازم ، بل ينتقل الفقيه من

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : لفقراء بنى تميم ، وهما من بنى تميم ، وهما فقيران جازت الشهادة .

(٢) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : جاز المغنم .

مدرسة إلى مدرسة، ومن محلة إلى محلة، وينتقل الصبى من مكتب إلى مكتب، ومثل هذا لا يمنع قبول الشهادة، بخلاف ما ذا كان أمرًا لازمًا، وهذا القائل يقول: ولأجل هذا المعنى وقع الفرق، بينما إذا شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه على ما ذكره هلال، وبينما إذا شهدا أنه أوصى لفقراء قرابته؛ لأن الجوار ليس بلازم، والقرابة لازمة، ولكن هذا الفرق يشكل بما إذا شهدا أنه أوصى لفقراء بنى تميم وهما من فقراء بنى تميم، حيث تقبل شهادتهما، وكونهما من بنى تميم أمر لازم.

إذا شهدوا أن جميع ما فى قرية فلان من الدور والأرضين وغيرها التى هى معروفة لفلان، ميراث من جهته لفلان ابنه هذا المدعى، لا وارث له غيره، ذكر الصدر الشهيد فى فتاوى الصغرى: أن الشهود إن كانوا يعرفون حدود ذلك جاز، وإن كانوا لا يعرفون لايجوز، وأنهم شهدوا بالمجهول، وقيل: إن كان الشهود لايعرفون حدود ذلك لا يحل لهم أداء الشهادة، وإن عرفوا إلا أنهم لم يشهدوا بها، فالقاضى لا يقبل شهادتهم، وهو الأصوب.

١٤٩٥٠- إذا ادّعى على آخر نقرة جيّدة موزونة بوزن معلوم، وشهد الشهود بالنقرة بذلك الوزن، ولم يذكروا صفة الجَودة فى شهادتهم، ولا صفة الرداءة، فالقاضى يقبل شهادتهم، ويقضى بالنقرة الرديئة بذلك الوزن، هكذا كان يفتى بعض مشايخنا؛ لأنهم شهدوا بأقل مما ادعاه المدعى، وعلى هذا القياس إذا ادّعى مقدارًا معلومًا من دقيق غير معلوم منخول، وشهد الشهود بالدقيق مطلقًا، وقيل: لا، بل بينهما فرق؛ لأن الدقيق مع النخالة متفاوت، بخلاف النقرة الرديئة، ولو ادّعى دقيقًا من النخالة، وشهد الشهود بدقيق غير منخول لا تقبل -والله أعلم-.

الفصل الخامس
فى شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته

١٤٩٥١- يجب أن يعلم بأن شهادة الإنسان على فعل من أفعاله، أو صفة من صفاته، أو نفى ذلك لا تقبل عنه؛ لأنه شهادة لنفسه، والشهادة لنفسه دعوى، وبالدعوى لا يقطع الحكم، قال ابن سماعة عن محمد: كان أبو حنيفة يجوّز شهادة القاسمين على قسمتهما، وكان أبو يوسف لا يجيز ذلك، ثم رجع إلى قول أبى حنيفة، وقال محمد: لا تجوز شهادتهما، وذكر الخصاف قول محمد مع قول أبى حنيفة، ولم يذكر فيه الاختلاف، قالوا: إنما ذكره الخصاف آخر قول محمد، فقد رجع إلى قول أبى حنيفة، فأما فى ظاهر الرواية، فقول محمد مخالف لقولهما فى هذه المسألة.

وجه قول محمد: إنهما شهدا على فعل أنفسهما، فلا تقبل شادتهما، سواء كان فيه منفعة لهما أو لم يكن، كالوكيل بالنكاح إذا شهد بعقده، وكما لو قال لرجلين: إن كلمتما عبدى فهو حر، فشهدا أنهما كلماه، لا تقبل شهادتهما، وإن لم يكن فيه جر منفعة إليهما؛ لأن ما أتيا به دعوى لا شهادة على ما ذكرنا، كذا هذا.

كيف إن ههنا فيه جر منفعة إليهما؛ لأنه إذا ثبتت قسمتهما يستحقان أجر القاسمين، ولاتقبل شهادة من يجر إلى نفسه مغنمًا، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: إن هذه شهادة قامت لإثبات الملك للغير، وقد خلت عن التهمة، فتقبل، ولاشك أنها قامت لإثبات الملك للغير؛ لأنه لا حق له فى المقسوم، ولا ملك، وقد خلت عن التهمة لانتفاء سبب التهمة من النسب، أو اتصال الميكبن، فوجب أن تقبل هذه الشهادة.

ولأن الحاجة ماسة إلى قبول شهادتهما؛ للأنه لا يمكن للقاضى أن يبعث معهما شاهدين عدلين يشهدان على فعلهما، ولو فعل تلحق المؤنة على أصحاب القسمة، فلو لم تقبل شهادتهما لضاق الأمر على الناس.

ولأن قاسم القاضى أمين القاضى، ونائبه فى القسمة، فكان فعله كفعل القاضى،

الدليل على أن فعله كفعل القاضى أن القاضى، وإن لم يكن مأذونًا فى الاستخلاف يملك أن يفوّض القسمة إلى غيره، فلو لا أن فعله كفعله وإلا لما ملك التفويض؛ لأنه ليس للقاضى أن يُولّى غيره الحكم بدون إذن الإمام، فثبت أن فعله منقول إليه حكما.

والدليل عليه أنه لا يلحقه العهدة، ولو لا أن فعله منقولا إلى القاضى، حتى كان من القضاء، وإلا تلحقه العهدة، والدليل على أنه من القضاء أن للقاسم أن يجبر الممتنع عن القسمة، ولو لم يكن من القضاء لما كان له ولاية الجبر، فإنه ليس لغير القاضى ولاية الجبر، إذا ثبت هذا فتقريره من وجهين: أحدهما: أنه لما كان فعله منقولا إلى القاضى، يعتبر فعله بفعل القاضى بنفسه.

١٤٩٥٢- ثم إذا تذكر القاضى القضاء لرجل، والمقضى عليه ينكر، كان له أن يلزمه القضاء بقوله، فكذلك القاسم يملك أن يثبته بشهادته، والثانى أن فعله لما كان منقولا إلى القاضى فقبوله على أن هذه الشهادة فى الحقيقة ما قامت على فعلهما، فإن فعلهما تعيين الأنصباء.

وأما ثبوت الملك لكل واحد فى نصيبه بقبوله، وقبض نصيبه وذلك فعل أصحاب الأملاك، وشهادة الإنسان على فعل غيره مقبولة، وقوله: إنما يجران إلى أنفسهما مغنمًا؛ لأنهما يستحقان الأجر بالقسمة، قلنا إنما تقبل شهادتهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف إذا كانا لايطلبان الأجر، فأما إذا طلب الأجر فلا تقبل شهادتهما، كذا كما قلنا فى شهادة الشفيعين على بيع الدار: إنهما إن طلبا الشفعة لا تقبل شهادتهما، وإن كانا لا يطلبان الشفعة، تقبل شهادتهما للخلو عن التهمة، كذا هذا.

وقال بعض مشايخنا: إنما تقبل شهادتهما إذا شهدا على القسمة لا غير، ثم قالا بعد ذلك: نحن قسمنا واشتغلا بالتفصيل، فأما إذا شهدا على قسمة أنفسهما من الابتداء، لاتقبل شهادتهما، ولكن إطلاق ما ذكر فى الكتاب يدل على أنه تقبل شهادتهما فى الأحوال كلها، وأن الصحيح ما ذكر من جواز شهادتهما على الإطلاق على قسمة أنفسهما؛ لما ذكرنا من المعانى.

قال: فإن حرّر الأرض وقوماها، ثم عرضا ذلك على القاضى، ثم حضرت الورثة، فأقروا بالتحرير والقيمة، فأقرع القاضى بينهم، ثم شهدا بالقسمة، فشهادتهما

جائزة، وهذا بلا خلاف؛ لأن هذه شهادة على فعل القاضي، فالقسمة في هذه الصورة صعدت من القاضي، فتقبل شهادتهما بالاتفاق، بخلاف الفصل الأول، وعلى قول أبي يوسف ومحمد أولا: وقسم بينهم، ثم أخبر عن قسمة، فذلك جائز؛ لأن هذه قسمة من القاضي، وأنه بمنزلة القضاء منه، والقاضي إذا قال: قضيت على فلان بكذا، قبل قوله بالاتفاق، كذا هذا، بخلاف شهادة قاسمي القاضي على قول محمد؛ لأنه ليس بقضاء من القاضي، بل هي شهادة على فعلهما.

١٤٩٥٣- ذكر ابن سماعة في "النوادر" عن أبي يوسف: أنه إذا شهد شاهدان أن فلانًا أمرنا أن نبلّغ فلانًا أنه قد وكّله ببيع عبده، وقد أعلمناه، أو أمرنا أن نبلغ امرأته أنه جعل أمرها بيدها، وبلغناها، وقد طلقت نفسها، جازت شهادتهما؛ لأنهما شهدا على فعل المرسل، فالرسول ينقل كلام المرسل، فقد شهدا على فعل غيرهما، وقوله: فتقبل شهادتهما.

وبمثله لو قالا: نشهد أنه قال لنا: خير امرأتي، فخيّرناها، فاختارت نفسها لاتقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا على فعل أنفسهما، وهو التخيير، فلا تقبل منهما؛ لأنه دعوى لا شهادة بخلاف الأول، فإنما شهدا على فعل المرسل على ما ذكرنا.

١٤٩٥٤- وفيه أيضًا: إذا شهدا على رجل بمال أنه قبضه من آخر، وهو ينكر، فشهدا على قبضه، وقالا: نحن وزناها عليه، قال: إن كانا زعما أن رب المال كان حاضرًا، جازت شهادتهما، وإن لم يكن حاضرًا عند الوزن، لم تقبل شهادتهما؛ لأنه إذا كان حاضرًا انتقل فعل الوزن إليه، فكان شاهدًا على فعل غيره، فأما إذا كان غائبًا تعذر إضافته إليه، فبقي الفعل مقصورًا عليه، فكان شاهدًا على فعل نفسه، فلا تقبل شهادتهما.

والحاصل: إن شهادة الأنسان على فعل نفسه لا تقبل إذا لم يكن ذلك الفعل منتقلا إلى غيره، سواء كان له منفعة في المشهود به أو لم يكن، وإذا كان فعله منقولا إلى غيره، تقبل شهادته عليه.

قال في "المنتقى" على طريق الاستشهاد: ألا ترى أنه لو وزن له الغريم ألف درهم، ووضعها، وقال: خذها لك، قد وفيتك، فقال المقضي له لرجل: ناولني هذه

الدراهم، فناوله، ثم شهدا على المقضى له أنه هو الذى دفع الدراهم إليه، أن شهادته جائزة، وذكر هلال البصرى فى الشروط أنه لا تقبل شهادة الذى كال فى المكيل، وتقبل شهادة الذى ذرع فى المذروع.

ووجهه أن الكيل من القبض؛ لأن للكيل أثرا فى التعيين؛ لأن قدر المبيع إنما يعرف بالكيل، حتى لا يجوز البيع فيما سواه، ألا ترى أنه إذا اشترى صبرة حنطة على أنها كرّ، فوجدها كرّين، أن الزيادة لا تكون له، بل يكون للبائع، والقبض لايصح، ولم يتم بدون التعيين والتقدير، فكان الكيل من جملة القبض، فكانت الشهادة على القبض شهادة على فعل نفسه، وهو الكيل، فلا تقبل، وأما الذرع لايقبل التعيين والتقدير، ألا ترى أنه إذا اشترى أرضًا على أنها مائة ذراع، فوجدها مائتى ذراع، أن الزيادة للمشترى أيضًا، فلم يكن الذرع من القبض فى شىء، فكان هذه شهادة على فعل غيرهما، فقبلت، وفى "المنتقى" رواية بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: أن شهادة الكيالين باطلة.

١٤٩٥٥- ادّعى على آخر أنه أقرضه كرّ حنطة، وشهد شاهدان بهذه اللفظة: اين گندم بخران ما آورد وما كراكش بوديم، فقيل: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما، وقيل: تقبل لأنهما أضافا الفعل إلى المدعى عليه حيث قالا: بخران ما آورد، حتى لو قالا: ما آورديم بنزديك وى بدستور وى، لاتقبل هذه الشهادة على قياس مسألة الكيال، وقيل: ينبغى أن يقال: إن قالا: مدعى عليه بامنا بود، تقبل شهادتهما، وإن قالا: بامانه بود، لا تقبل على قياس مسألة الوزان.

١٤٩٥٦- قال ابن سماعة عن محمد: فى رجل اشترى من رجل عبدين شراء صحيحًا، أو فاسدًا، وقبضهما المشترى، وأعتقهما، ثم اختلف البائع والمشترى فى ثمن العبدين فى البيع الصحيح، وفى قيمتهما فى البيع الفاسد يوم قبضهما المشترى، فشهدا هذان العبدان على ثمنهما، أو على قيمتهما يوم قبضهما المشترى، فإنه لا تقبل شهادتهما.

أما إذا شهدا على قيمتهما فلأن هذه شهادة قامت على صفتهما؛ لأن القيمة تزداد بزيادة وصف مرغوب، وينقص بنقصانه، فكانت الشهادة على زيادة القيمة شهادة على

زيادة وصف مرغوب فيه، وعلى نقصان القيمة شهادة بنقصان الوصف، فكانت هذه الشهادة قائمة لإثبات وصف فيهما، فكانت الشهادة لأنفسهما من حيث الحقيقة فلا تقبل، وأما إذا شهدا على ثمنهما؛ لأن الثمن تقدير لقيمة المبيع، فالمماثلة مرعية فى جميع البياعات لتحقق المعادلة، وذلك بأن لا تزول ملكه عن المبيع إلا ببدل يعدله، وهو قدر قيمته، فالمتعاقدان إذا قدرا شيئًا من الأثمان، صار ذلك بمنزلة تسمية القيمة التى هى للعين، وقد ذكرنا أن شهادتهما على قيمتهما غير مقبولة، ورُوى عن أبى يوسف: أنه تقبل شهادتهما على زيادة الثمن أو نقصانه.

ووجهه أن الشهادة على الثمن شهادة على عقد جرى بين البائع والمشترى أوجب ذلك الثمن على المشترى، وذلك العقد وحكمه ليس بواقع للعبد لتكون شهادته عليه شهادة على فعله، أو وصفه حتى يصير شاهدًا لنفسه.

وتوضيحه: أن وجوبه يعتمد صحة التسمية فى العقد لا زيادة وصف، ولا نقصانه، وقيام العقد بالعاقدين، فكانت شهادة على فعل غيرهما، فتقبل.

١٤٩٥٧- قال: ولو شهد العبدان بعد العتق أن المشترى أو فى البائع الثمن، وهو يجحد ذلك قبلت شهادتهما؛ لأن هذه شهادة لغيرهما، وهو المشترى ببراءته عن الثمن[1] بسبب الإيفاء، وليس بينهما ما يمنع قبول الشهادة، فقبلت شهادتهما، قال: أرأيت لو شهد أن البائع أبرأه عن الثمن ألم يكن جائزًا؟ وهذا إشارة إلى ما قلنا أن المشهود به براءة المشترى من حيث الحقيقة، والبراءة عسى يكون بالاستيفاء، وعسى يكون بالإبراء، وكيفما كان، فهذه شهادة لغيرهما، وقد استجمع شرائط الجواز فقبلت.

١٤٩٥٨- قال: ولو أن رجلين شهدا أن فلانًا أمرهما أن يزوّجا فلانة منه فزوّجناها، أو شهدا أنه أمرهما أن يخلعا منه فلانة، فخلعنا أو شهدا أن أمرهما أن يشتريا به عبدًا، فاشترينا فكل مسألة من هذه المسائل على ثلاثة أوجه: إما أن يجحد الموكل الأمر والعقد جميعًا، أو يقر بالأمر، يجحد العقد، أو يقر بهما، وكل وجه على وجهين: وإما أن يكون الخصم يدعى العقد مع الوكيل فى الفصول كلها، أو يجحد،

---

(١) وفى م: اليمين.

فإن كان الموكل جحد الأمر والعقد جميعًا، لاتقبل هذه الشهادة فى الفصول كلها، إن كانت شهادة صورة، فهى دعوى معنى؛ لأن الشاهد من يثبت الحق لغيره، وههنا هما يثبتان الوكالة لأنفسهما، فكانا مدعيين لا شاهدين، فلاتقبل شهادتهما، وإن كان الأمر يقر بهما، فإن كان الخصم مقرّا بالعقد عند القاضى، فالقاضى يقضى بذلك لا بشهادتهما، بل بتصادقهما البيع والنكاح والخلع فى ذلك على السواء.

وإن كان الخصم يجحد العقد، فالقاضى لا يقضى بالبيع والنكاح، ويقضى فى الخلع والطلاق بغير مال، لا بشهادتهما، ولكن بإقرار الزوج، وإنما لا يقضى بسائر العقود بشهادتهما؛ لأنهما يثبتان فعل أنفسهما، فكانا شاهدين لأنفسهما، وإن كان الآمر يقر بالأمر، ولكن يجحد العقد، فإن كان الخصم مقرّا، فإنه يقضى فى العقود كلها إلا فى النكاح عند أبى حنيفة؛ لأن التوكيل يثبت بتصادقهما الوكيل فى هذه العقود، إذا قال: فعلت وساعده الخصم، فإنه يثبت العقد، وإن جحد الموكل إلا فى النكاح، فإنه لا ينفذ إقرار الوكيل على الموكل بالنكاح عند أبى حنيفة من غير تصديق الموكل، ويحتاج فيه إلى إثباته بالبينة، وإذا احتيج إلى البينة، لاتقبل شهادة الوكيلين؛ لأنه يثبت فعل نفسه، فكان شاهداً لنفسه، وعندهما: ينفذ إقرار الوكيل على الموكل، وإن كان الخصم جاحداً لا يقضى بشىء من العقد؛ لأنه إذا كان جاحداً محتاج لإثباتهما إلى البينة، وشهادة الوكيلين لا تقبل؛ لأنهما يثبتان فعل أنفسهما.

١٤٩٥٩- وإذا شهد رجلان بالمهر لأختهما بسبب تزويجهما، وقالا: نشهد أنا زوّجنا هذا أختنا بألف درهم، والزوج يجحد النكاح، أو قال: كان المهر خمسمائة، لاتقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا لأختهما بسبب تزويجهما، فكان السبب مشهوداً به كالمهر، والشهادة على السبب شهادة على فعل نفسه فلا تقبل، ولو أقر الزوج بالمهر والنكاح، وادعى البراءة أو الأداء، فشهدا بذلك للزوج، قبلت شهادتهما؛ لأنه لا تعلق لهذه الشهادة بفعلهما.

١٤٩٦٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: إذا اشترى الرجل عبدين، وقبضهما وأعتقهما، وأراد أن يرجع بنقصان عيب [أو زوال صفة السلامة][1] قد أنكره

---

(١) زيد من م.

البائع، فشهد العبدان أن هذا العيب كان بهما، لا تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة بإثبات وصف فيهما، وهو العيب، أو زوال صفة السلامة، وكيفما كان لايثبت بهذه الشهادة؛ لأنهما يشهدان لأنفسهما، وكذلك لو شهدا لرجل على المشترى أنه كان له نصفهما، فشهادتهما باطلة لوجهين: أحدهما: أنهما يشهدان لأنفسهما، فإنهما يثبتان أن انتقاض البيع فى نصفهما لمكان الاستحقاق.

الثانى: أن فى قبول شهادتهما ابتداء إبطالها انتهاء؛ لأنا إذا قبلنا شهادتهما أبطلنا الإعتاق عن أنصافهما، فكانا معتقى البعض، ومعتق البعض بمنزلة المكاتب، ولا شهادة للمكاتب، وهذا على قول أبى حنيفة؛ لأن عنده معتق البعض كالمكاتب، فإن عنده الإعتاق يتجزأ.

وكذلك لو شهدا أن المشترى قد كان وهب نصف كل واحد منهما لرجل قبل أن يعتقهما، لم أقبل شهادتهما؛ لأنا لو قبلنا شهادتهما بطل العتق من أنصافهما، فكانا بمنزلة المكاتبين، ولا شهادة للمكاتب، فكان فى تصحيحها ابتداء إبطالها انتهاء، ولأنهما يريدان إبطال العتق عن بعضهما بعدما كان ثابتا من طريق الحكم، وقد ذكرنا أن شهادة الإنسان على إثبات الصفة لنفسه، أو نفى الصفة عن نفسه لاتقبل.

١٤٩٦١- وكذلك أم ولد لرجل مات عنها، أو أعتقها فشهدت هى وامرأة ورجل أنها كانت بين الميت ورجل آخر؛ لا أقبل شهادتهم، ولا أقضى على المستولد بنصف قيمتها ونصف عقرها، وهذه المسألة لا تخرج على الطريق الأولى فى المسألة المتقدمة؛ لأنه ليس فى تصحيح هذه الشهادة ابتداء إبطالها انتهاء، فإن أحد الشريكين إذا استولد الجارية المشتركة بينهما ملك نصيب صاحبه بالضمان، ونفذ الاستيلاد عليه حتى يعتق بموته، فلا يكون فى قبولها ابتداء إبطالها انتهاء، وإنما يخرج على الطريقة الثانية؛ لأن هذه الشهادة تنفى ملك المستولد عن نصفها، والملك صفة، وقد ذكرنا أن شهادة الإنسان على نفى صفة عن نفسه لا تقبل.

١٤٩٦٢- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف عن أبى حنيفة: رجل قال لعبده: إن دخلت دار هذين الرجلين، أو قال: مسست ثوبهما، فأنت حر، ففعل العبد ذلك، فجاء الرجلان يشهدان على ذلك، فشهادتهما جائزة؛ لأن هذه الشهادة قامت

على فعل العبد، وهو الدخول والمس، ولا تهمة فى شهادتهما للعبد؛ فقبلت بخلاف ما إذا قال: إن كلمتما عبدى، إن مسستما ثوبه، فهو حر، فشهد أنهما فعلا ذلك، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما.

١٤٩٦٣- ولو قال لعبده: إن كلمت فلانًا وفلانًا فأنت حر، فشهدا أنه كلّهما، لاتقبل شهادتهما، بخلاف ما لو قال له: إن دخلت دارهما، فشهدا على الدخول، بحيث تقبل شهادتهما، والفرق أن شهادتهما بكلامهما شهادة بحضورهما؛ لأنه لايتصور الكلام معهما إلا بحضورهما، ألا ترى أن من حلف لا يكلم فلانًا، فكلمه وهو غائب، لا يحنث فى يمينه، وحضورهما فعلهما، فكانا شاهدين بفعل أنفسهما، فأما شهادتهما بدخوله الدار شهادة بفعل غيرهما؛ لأنه لا تعلق لدخول الدار بهما، فكانا شاهدين بفعل غيرهما من كل وجه.

١٤٩٦٤- وفى شهادات "المنتقى" عن أبى يوسف: رجل قال: إن دخل دارى هذه أحد، فامرأتى طالق، فشهد ثلاثة نفر أو أربعة نفر أنهم دخلوا، فهذا على وجهين: أحدهما: إن قالوا [إنا][1] دخلنا جميعًا، لا يقبل قولهم، ولا يحكم بحرية العبد؛ لأنهم شهدوا على فعل أنفسهم، وإن قال إثنان منهم: دخلنا، ودخل هذا الثالث والرابع معنا، قُبل قولهم، وحكم بحرية العبد؛ لأن قول كل واحد إخبار وشهادة، فيقبل قول كل واحد منهم فى حق القضاء بالحرية من حيث إنه شهادة، لا من حيث إنه خبر.

وروى الحسن بن زياد فيمن حلف بعتق مماليكه أن لا يستقرض شيئًا أبدًا، فشهد رجلان أنهما أقرضاه، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما، ولهما فى هذه الشهادة منفعة، وكل ذلك مانع من القبول.

ولو شهدا أنه طلب ذلك منهما، ولم يقرضاه، قبلت شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على فعل غيرهما؛ لأن الاستقراض طلب القرض، وأنه فعل المستقرض، ولا منفعة لهما فى هذه الشهادة؛ لأنهما قالا: ما أقرضناه.

ولو كان حلف لا يقرض فلانًا وفلانًا شيئًا، فشهدا أنه أقرضهما حنث فى يمينه؛ لأنهما يشهدان على فعل غيرهما، وهو الإقراض، ولا تهمة فيها، فقبلت وعن أبى

(١) هكذا فى الأصل.

يوسف في رجل ادّعى داراً في يدى رجل، وشهد له شاهدان بها، فإنه كان استأجرهما على بناءه وغير ذلك، قبلت شهادتهما.

ولو قالا: استأجرنا على هدمها، فهدمناها، لا تقبل شهادتهما، وضمن للمدعى عليه قيمة البناء؛ لأن في الفصل الثاني يدفعان عن أنفسهما مغرمًا بشهادتهما؛ لأنهما يريدان بذلك إسقاط ضمان لزمهما بالهدم؛ لأن البناء للمدعى عليه بظاهر اليد، وهدم بناء الغير سبب للضمان، وشهادة دافع المغرم لا تقبل، وأما في الفصل الأول لا يدفعان عن أنفسهما مغرمًا؛ ولا يجران لأنفسهما مغنمًا، فقبلت شهادتهما، وعلى هذا قياس نظائره -والله أعلم-.

الفصل السادس
فى شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه وشهادته لأبيه أو لأمه

وفى "نوادر ابن سماعة": عن محمد إذا شهدا بناء القاضى على كتابه إلى قاضٍ من القضاة، أو على قضاءه، أو على شهادته، وهو حى يدعى أو ميت جاز ذلك، وفى "المنتقى": رواية إبراهيم عن محمد: أنه لا تجوز شهادة الابن على قضاء أبيه، وعلى كتابه كما لا تجوز شهادة الابن على شهادة أبيه، وفى "المنتقى": فى باب من لا تجوز شهادته له رواية الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أنه قال: لا تجوز شهادة الولد على قضاء أبيه، بأن يشهد أن أباه قضى لفلان على فلان لكذا، وتجوز شهادته على شهادة أبيه، قال: وهو قول أبى يوسف، وذكر بعد هذا فى الباب أيضًا أن الأب لو كان قاضيًا يومًا ما شهدا الابن على قضاءه أنه تجوز شهادته، وفى آخر هذا الباب عن أبى حنيفة أنه لا تجوز شهادة الابن على قضاء أبيه، وإن كان الأب قاضيًا يوم الشهادة.

والحاصل: أن شهادتهما على فعل أبيهما فعلا ملزما، لا تقبل إذا كان للأب فيها منفعة بالاتفاق، يعنى بها المنفعة المطلوبة من الشهادة، وإن لم يكن للأب فيها منفعة، فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف: لا تقبل شهادتهما.

وعن محمد روايتان: وجه رواية القبول عنه أن شهادة الابن لأبيه إنما لاتقبل؛ لمكان تهمة الميل، وذلك إنما يتحقق فيما للأب فيه منفعة، والمنفعة المطلوبة من الشهادة فى هذه الصورة إنما تحصل للمدعى لا للأب، ومنفعة نفاذ القول على الغير، وظهور صدقه عند الناس غير معتبرة فى إفادة التهمة المانعة من قبول الشهادة، ألا ترى أن الأب إذا شهد مع ابنه فى حادثة، قبلت شهادتهما، ولولا شهادة الابن لكان لا تقبل شهادة الأب، فالابن بهذه الشهادة يسعى إلى إظهار صدقه، وتنفيذ قوله على الخصم، ولم يمنع ذلك قبول شهادة الابن، كذا ههنا.

وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف قوله عليه السلام: «لا تقبل شهادة الولد

لوالده»[1] ، وإذا شهد على فعل والده ، فقد شهد لوالده بإثبات فعله ، ولأنه متهم فى هذه الشهادة ؛ لأن للأب فيه منفعة ، وهو نفاذ قضاءه ، وظهور صدقه إن كان يدعى ، ومنفعة ظهور الصدق فوق سائر المنافع ، وأقوى فى إيراث الشبهة ، وإيقاع التهمة .

ثم إن أبا حنيفة وأبا يوسف فرقا بين شهادتهما على شهادة أبيهما ، وبين شهادتهما على قضاء أبيهما ، والفرق أن الشهادة ليست بملزمة ، والقضاء ملزم ، وقد احتج أبو يوسف على محمد ، فقال الابن : جزء الأب ، فشهادة الابن على فعل أبيه كشهادة الأب على فعل نفسه من حيث الحكم والاعتبار ، وشهادة الأب على فعل نفسه ، لا تقبل ، فكذا شهادة الابن على فعل أبيه .

١٤٩٦٥- ولو قال لعبده : إن كلّمك فلان ، فأنت حر ، فادعا فلان أنه كلم العبد ، وشهد ابناه بذلك ، لا تقبل هذه الشهادة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وفى إحدى الروايتين عن محمد : تقبل .

١٤٩٦٦- وإذا قال لرجلين : إن دخلتما هذه الدار ، فعبدى حر ، فماتا فشهد ابناهما أن أبويهما قد دخلا الدار ، فهو على الخلاف الذى ذكرنا ، قال : ولو أنكر الأبوان ، وهما حيّان ، جازت شهادة الابنين على دخولهما بلا خلاف ؛ لأنهما صارا مشهودًا عليهما بالدخول عند الجحود ، وتلك المنفعة التى صورناها عند دعواهما ، وهو ظهور صدقهما وتنفيذ قولهما لا يتحقق ههنا ، فكانت شهادة على الأب ، فقبلت ، وهذا هو الحكم فى كل شىء شهد الابن به ، يثبت بشهادته فعلا من أبيه من نكاح ، أو طلاق ، أو بيع ، أو غير ذلك ، أنه لا تجوز شهادته إذا كان الأب حيا يدعى ، أو كان ميتًا عندهما ، وإن كان حيّا ، وهو ينكر تقبل شهادتهما بلا خلاف ؛ لأن مع جحوده لا يمكن أن يجعل هذا شهادة للأب ، بل تكون شهادة على الأب .

١٤٩٦٧- وإذا شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل ، فهو على ثلاثة أوجه : الأول : أن يقرأ الموكل والوكيل بالأمر والعقد جميعًا ، وأنه على وجهين : إن كان الخصم يدعى ذلك كله ، فالقاضى يقضى بالعقود كلها ، ولكن بتصادقهم لا بالشهادة ، وإن كان

---

(١) ذكره الزيلعى فى "نصب الراية" (٤/ ٨٢) وابن حزم فى "المحلى" (٩/ ٤١٥) وفى التحقيق فى أحاديث الخلاف (٢/ ٣٩٠) .

الخصم ينكر ذلك، فإن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف: لا تقبل شهادتهما، ولا يقضى بشىء من هذه العقود، إلا فى العقود، فإن هذه العقود هناك يقضى بالطلاق بغير مال لإقرار الزوج، وهو الموكل، وعلى قول محمد فى إحدى الروايتين: يقضى بالعقود كلها إلا بعقد يرجع الحقوق فيه إلى العاقد كالبيع، وما أشبهه؛ لأن الحقوق إذا كانت ترجع إلى الأب، كان له فيه منفعة، فكانت الشهادة واقعة للأب، فأما كل عقد لا يرجع حقوقه إلى العاقد، لا يكون للأب فيه منفعة سوى تنفيذ القول، وهذه المنفعة عند محمد لا يصلح مانعة قبول الشهادة فى إحدى الروايتين.

وإن كان الوكيل والموكل يجحدان ذلك كله، فإن كان الخصم يجحد أيضًا، لا يلتفت إلى هذه الشهادة؛ لأنها خلت عن الدعوى، وإن كان الخصم يدعى تقبل شهادتهما عندهم جميعًا؛ لأنه لا منفعة للأب فى هذه الشهادة، بل له فيه ضرر؛ لأنه يثبت كذبه، فكانت شهادة على الأب، والشهادة على الأب مقبولة.

وإن كان الوكيل يقر بكلا الأمرين، والموكل يدعى الأمر، ويجحد العقد، فإن كان الخصم يدعى ذلك، فإنه يقضى بالعقود كلها إلا فى النكاح على قول أبى حنيفة؛ لأن عنده إقرار الوكيل على موكله بالعقود كلها صحيح إلا بالنكاح، فيقع الحاجة إلى إثباته بالبينة، وشهادة ابن الوكيل على ذلك لا تقبل، وعندهما القاضى يقضى بالعقود كلها؛ لأن إقرار الوكيل على الموكل بالعقود كلها صحيح، ولايحتاج فيه إلى البينة.

١٤٩٦٨- وإذا جعل الرجل أمر امرأته بيد أجنبى، فطلقها، فشهد أبناء المطلق أن الزوج جعل أمر امرأته بيد أبيها، وأنه طلقها، والأب حى يدعى بذلك، أو ميّت لاتقبل شهادتهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف بقول جعل أمر امرأته بيد أجنبى توكيل له بالطلاق، وقد بيّنّا هذه المسألة، ثم جعل موت الوكيل بمنزلة ادعاه حال حياته.

وعن أبى يوسف: أن غيبته بمنزلة موته، وجه ذلك أن المنافع من القبول وقوع الشهادة للأب، فإذا كان الأب حيا يدعى، والشهادة واقعة له بإثبات فعله، وإذا كان حيا يجحد فالشهادة واقعة عليه، وإذا لم يعرف جحوده، بأن مات، أو غاب كانت الشهادة واقعة للأب باعتبار الأصل من حيث إن فيها إثبات فعله، فلا تقبل.

١٤٩٦٩- قال محمد فى "الجامع": رجلان شهدا أن أباهما طلّق أمهما، فإن

كان الأب يدعى ، فلا حاجة إلى الشهادة ؛ لأن الأب أقر على نفسه بالطلاق ، وإن كان الأب يجحد ، فإن كانت الأم تدعى فلا تقبل شهادتهما ، وإن كانت تجحد تقبل شهادتهما ؛ لأن الطلاق فى حق الأم دائر بين الضرر والنفع من حيث إن به يحصل لها الخلاص عن حبالة الزوج ، ويرتفع عنها قيد النكاح نفع ، ومن حيث إن ثمرات النكاح ومقاصده وحقوقه مشتركة بين الزوجين ، والطلاق يبطل ذلك عليها ضرر ، وكل منفعة يشوبها ضرر تترجح المنفعة بالدعوى ، والضرر بالجحود ؛ لأن أحدًا لايجحد ما ينفع ، ولا يدعى ما يضر ، فإن ادّعت الأم الطلاق ، ترجح النفع فيهما على الضرر ، فكانت الشهادة واقعة للأم ، وإن جحدت ذلك ترجح الضرر على النفع ، فكانت الشهادة واقعة عليها ، فقبلت .

وفى "فتاوى شمس الإسلام الأوزجندى" : أن الأم إذا ادعت الطلاق تقبل شهادتهما ، قال : وهو الأصح ؛ لأن دعواها لغو ، فإن الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعواها ، فصار دعواها لغواً ، فجعل وجودها وعدمها بمنزلة ، ولو عدم دعواها تقبل شهادتهما ، فههنا كذلك ، وعندى أن ما ذكر فى "الجامع" أصح .

١٤٩٧٠- ولو أن رجلين شهدا أن امرأة أبيهما ارتدت عن الإسلام ، والمرأة تنكر ذلك ، فإن كانت أمهما حية ، وهى فى نكاح أبيهما ، لا تقبل الشهادة ادّعى الأب ذلك ، أو جحد ، أما إذا ادعى فلان هذه الشهادة ، وقعت للأب .

بيانه : أن الأب لما ادعى الردة عليها ، فقد ادعى سقوط جميع الصداق إن لم يكن مدخولا بها ، وسقوط نفقة العدة إن كانت مدخولا بها ، إلا أنه لا يصدق على ذلك إذا لم تصدّقه المرأة فيهما بهذه الشهادة يثبتان ذلك ، وأما إذا كان الأب يجحد فلأن هذه الشهادة وقعت للأم بخلوص الفراش لها ، وهذه منفعة لا يشوبها ضرر ، فمنعت قبول الشهادة ، ادعت الأم ذلك ، أم جحدت .

وإن كان أمهما ميتة ، فإن ادعى الأب ذلك ، لا تقبل شهادتهما ، وإن جحد تقبل ؛ لأنه لا منفعة للأم فى هذه الشهادة ، فيعتبر جانب الأب ، وفى جانب الأب يترجح النفع بالدعوى ، والضرر بالجحود .

وإن شهد أن أباهما خالع أمهما على صداقها ، فإن ادعى الأب ذلك ، لاتقبل

شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما؛ لأن الطلاق قد وقع بإقرار الأب، بقيت هذه الشهادة لبراءة الأب عن الصداق كلا أو بعضًا، فلا تقبل، وإن جحد الأب ذلك، فإن كانت الأم تدعى، لا تقبل شهادتهما، وإن كانت تجحد تقبل شهادتهما؛ لما ذكرنا، وإن شهدا أن أباهما خالع امرأته وأمهما ميتة، فإن كان الأب يدعى لا تقبل شهادتهما، وإن كان يجحد تقبل شهادتهما.

١٤٩٧١- ولو أن رجلا تزوج امرأة، وطلقها قبل الدخول بها، ثم تزوجها مرة أخرى، فشهد ابناه أنه كان طلقها ثلاثًا في النكاح الأول، وتزوجها ثانيًا قبل أن تتزوج بزوج آخر، فهذ المسألة أيضًا لا تخلو من الوجوه التي ذكرناها من دعوى الأب أو إنكاره، ومن دعوى المرأة أو إنكارها، فإن ادعى الأب، فإن صدّقته المرأة، يثبت الفرقة، وسقط جميع المهر بتصادقهما، فوقع الاستغناء عن الشهادة، وإن أنكرت المرأة، لا تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهاد واقعة للأب.

بيانه: أن الحرمة وإن ثبتت بإقرار الزوج، إلا أنه لزمه نصف المهر؛ لأن النكاح صحيح بظاهر الحال، والفرقة فيه بالطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف المهر، فلو قبلنا شهادتهما، سقط المهر كله؛ لأن النكاح في المطلقة ثلاثًا لا يوجب المهر إلا إذا اتصل به الدخول، ولم يوجد الدخول، فكانت هذه شهادة للأب من هذا الوجه، فلا تقبل، وإن أنكر الأب تقبل شهادتهما، ادعت المرأة ذلك، أو أنكرت؛ لأنه إن كان في هذه الشهادة منفعة للأب بسقوط جميع الصداق، ففيه ضرر له أيضًا بزوال ملك النكاح على الأب، وقد بيّنا أن فيما يدور بين النفع والضرر يعتبر الدعوى والإنكار، وعند الإنكار يترجح جانب الضرر، فكانت شهادة على الأب، وسقط جميع الصداق عنه ضرورة قبول شهادة على الطلقات الثلاث.

ثم في هذه المسائل إنما قبلنا شهادتهما وإن لم يسبق دعوى أحد لما شهد؛ لأنه شهادة على تحريم الفرج، وأنه حق الله تعالى، والشهادة في حقوق الله تعالى تقبل حسبة من غير دعوى.

١٤٩٧٢- ولو أن أمة لرجل شهد ابناها، وهما حران مسلمان أن مولاها أعتقها على ألف درهم، فإن ادعى المولى ذلك، فالعتق واقع بإقرار المولى، فتمحض هذا

شهادة على الأم بالمال، فقبلت، وإن أنكر المولى، فإن ادّعت لا تقبل شهادتهما، وإن أنكر تقبل شهادتهما؛ لأن العتق على مال دائر بين الضرر والنفع في زوال الملك والرق عنها، والضرر في لزوم المال عليها، فيعتبر جانب النفع عند الدعوى، فتكون شهادة لها، ويعتبر جانب الضرر عند الإنكار، فتكون شهادة عليها، فتقبل.

أكثر ما فيه أن هذه الشهادة خلت عن الدعوى، إلا أن الشهادة على عتق الأمة تقبل من غير دعوى، ومتى ثبت العتق وجب المال؛ لأنه تبع للعتق، وإن شهد ابنا المولى بذلك، فإن ادعى المولى لا تقبل؛ لأن العتق وقع بإقرار، والشهادة بالمال شهادة لأبيهما، وإن أنكر المولى قبلت شهادتهما؛ لأن العتق على مال دائر بين الضرر والنفع في حق المولى، فترجح جانب الضرر بالإنكار في حقه، فكان شهادة على الأب.

ولو كان مكان الجارية غلامًا، وقد شهد ابنا المولى بذلك، وأنكر المولى والغلام ذلك، لا تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة؛ لأن هذه شهادة على عتق العبد، وعنده الدعوى من العبد شرط قبول الشهادة، وعندهما تقبل الشهادة؛ لأن دعوى العبد عندهما ليس بشرط.

١٤٩٧٣- ولو شهد رجلان أن أباهما باع هذه الجارية من هذا الرجل، أو قالا: هذا العبد فاعتقه المشترى هذا، فإن ادعى الأب ذلك، لا تقبل شهادتهما؛ لأن البيع دائر بين الضرر والنفع في حق المولى؛ لما فيه من زوال ملكه إلى خلف، فيعتبر النفع عند الدعوى، فكانت هذه شهادة لأبيهما، ولكن يعتق العبد؛ لأن البائع مالكه ظاهراً، وقد أضاف العتق بإقراره إلى من زعمه مالكًا، فنفذ إقراره عليه، والولاء موقوف؛ لأنه تعذر إثباته من جهة المشترى لأنكاره ومن البائع؛ لأنه أقر بالعتق على غيره، وتعذر قبول الشهادة على الولاء على المشترى؛ لأنه لا بد لذلك من إثبات الشراء منه، وفي ذلك نفع للبائع، ولا تقبل شهادة ابنيه في ذلك، وإن أنكر الأب، وادعت الجارية، وأنكر المشترى أيضًا، أو هو غائب، فشهادتهما جائزة؛ لأن عند الإنكار يترجح جانب الضرر، فكانت شهادة على أبيهما، فقبلت.

ولا يُقال: بأنه قضاء على الغائب بالشراء، أو لغائب، أو قضاء بالشراء عند حضرة المشترى من غير دعوى، والبينة في الشراء لا تقبل من غير دعوى الخصم؛ لأنه

من حقوق العباد ؛ لأنا نقول : هذه البينة قامت بعد دعوى صحيحة من خصم ، وهى الجارية ، ولأنها ادعت العتق من جهة المشترى ، ولا يتوصل إلى إثبات العتق من جهته إلا بإثبات الشراء له ، فانتصب خصمًا عنه فى إثبات الشراء له بواسطة إثبات العتق لنفسه ، فكانت هذه البينة قائمة من خصم على خصم ، فقبلت ، وقضى بالشراء ؛ لأنه ثبت تبعًا للعتق ، ووجب للبائع الثمن على المشترى ضرورة إثبات الشراء .

١٤٩٧٤- وفى "كتاب الأقضية" ذكر ابن سماعة عن محمد : فى رجل ضمن لرجل ما باع فلانًا من شىء ، فقال الطالب : قد بايعت فلانًا بيعًا بألف درهم ، فجحد الضامن ذلك ، فشهد عليه ابناه أنه قد بايعه بيعًا بألف درهم ، فإن شهادتهما جائزة ؛ لأن هذه شهادة على أبيهما ، فقبلت ، وكذلك[1] إذا جحد الضامن ، فشهد ابناه أن فلانًا أمرك أن تضمن عنه ، فإنك ضمنت عنه لفلان ما باعه من شىء ، وقد باع بيعًا بألف درهم ، فإن شهادتهما عليه جائزة ، ويؤخذ بالألف ، ويرجع بها على الذى أمره أن يضمن عنه ، فقد جوّز شهادتهما على الضمان ، وعلى الأمر حتى قال : لايؤخذ بالألف ، ويرجع بها على الذى أمره أن يضمن عنه ، أما قبول الشهادة على الضمان فظاهر ، وأما قبول الشهادة على الأمر ، ورجوع الأب على الأمر بالضمان مشكل ، أما الشهادة على الآمر فلوجهين : أحدهما : أن الشهادة فى حقوق العباد لاتقبل إلا بعد سابقة الدعوى ، ولم يوجد ؛ لأن الضامن يجحد الأمر والضمان جميعًا ، ولا حق للطالب فى الأمر ليدعيه ، فكيف تقبل هذه الشهادة .

والثانى : أن الشهادة على الأمر شهادة لأبيهما ؛ لأن فيه منفعة خالصة من غير شوب مضرة ، فإنه يرجع بما يؤدى على الأمر ، والشهادة لأبيهما لا تجوز أن تقبل . أما رجوع الأب على الذى عليه الأصل مشكل ؛ لأن فى زعمه أنه لا رجوع له على الذى عليه الأصل ، فكيف يرجع ؟

الجواب عنه : أما الأول فنقول : إن هذه شهادة بعد دعوى صحيحة من الطالب ، فإنه يدعى الضمان بأمر ، وهو أحد نوعى الضمان ، وقد أثبت ذلك بهذه البينة قوله : لا حق للطالب فى الأمر ، فكيف يعتبر دعواه؟ قلنا : ليس كذلك ، بل للطالب فيه حق ،

(١) هكذا فى ظ ، وكان فى الأصل وم : وكذلك إذا شهد ابناه أن فلانًا . . . إلخ .

فإنه لو ثبت الأمر بتساهل الكفيل في الأداء؛ لأنه إنما يؤدي بعوض، وإذا لم يثبت الأمر، يؤدي بغير عوض، فيتعاسر في الأداء، فثبت أن له حقًا في الكفالة والأمر جميعًا، فصحت دعواه، فقبلت هذه البينة لما قلنا: إنها شهادة على أبيهما.

قوله: لأن الشهادة بالأمر شهادة لأبيهما، فإنه يرجع بما يؤدي على الآمر، قلنا: فيه روايتان في رواية لا يرجع به عند الأداء، ووجهه ما ذكرنا في الإشكال، وعلى هذه الرواية يرجع، ووجه قبول هذه الشهادة أن هذه شهادة على الأب؛ لأن الكفالة بأمر دائر بين الضرر والنفع من حيث إنه يجب الأداء من ماله فيه ضرر، ومن حيث إنه يستوجب الرجوع به على الأصيل فيه نفع، ولكن قد ذكرنا أن المنفعة المجحودة لا عبرة لها، وهي مجحودة ههنا، فلهذا اعتبرناها شهادة على أبيهما.

وقوله: بأن من زعمه أنه ليس له حق الرجوع على الأصيل، فكيف يرجع عليه؟ قلنا: صار مكذبًا في زعمه، حيث قضى القاضي بخلافه عليه، فلا يعتبر زعمه أصلا[1].

١٤٩٧٥- قال في كتاب الحوالة: رجل كفل عن رجل بمال بأمره، فشهد على ذلك ابنا المطلوب الذي عليه الأصيل، فهو جائز، ويؤاخذ الكفيل بالمال، وإذا أدى المال يرجع على الذي عليه الأصل، أما جواز شهادتهما في حق الكفيل فلأنهما أجنبيّان عنه، غير متهمين في حقه، فقبلت شهادتهما، وأما في حق الأصيل بالرجوع عليه؛ لأنها شهادة على أبيهما، فقبلت، لو كان الشهود ابنا الكفيل، فإن ادعى الكفيل ذلك، فقد ثبتت الكفالة بإقراره، فوقع الاستغناء عن الشهادة، وإنما يحتاج إلى الشهادة لإثبات الأمر، وأنه شهادة لأبيهما من حيث أن يثبت له حق الرجوع على الذي عليه الأصل، فلم تقبل، وإن جحد الكفالة قبلت شهادتهما؛ لأنها شهادة على أبيهما، فإن أدى رجع على الأصيل؛ لأن الثابت بشهادتهما أحد نوعي الكفالة، وهو الكفالة بأمر، وقد ثبتت شهادتهما؛ لأنها عليه، فإن هذه الكفالة، وإن ترددت بين الضرر والنفع في حقه باعتبار حق الرجوع عند الأداء، ولكنها لما كانت مجحودة لا يعتبر النفع، فبقي شهادة على أبيهما، فقبلت لهذا.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل: أصيلا.

وإذا ثبتت الكفالة والأمر، استحق الرجوع، كما ذكرنا من الأمثلة، قال ابن سماعة عن محمد: في رجل ادّعى أن له على رجل ألف درهم، فضمنها عنه ثلاثة نفر، قال ابن سماعة: يعني كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه بأمره، فأخذ الطالب أحد الضمناء الثلاثة، فشهد عليه ابنا الضامنين الآخرين أن لهذا الطالب على فلان ألف درهم، وإن أبوينا وهذا ضمنوا عنه لهذا بأمره، وكل واحد منهم ضامن عن صاحبه بأمره، وأبواهما غائبان، فإني أقضي الساعة على هذا الضامن الحاضر بألف درهم، وإذا أدى رجع بها على الذي عليه الأصل؛ لأنه لا تهمة في شهادتهما، لا على الحاضر، ولا على الأصيل؛ لأنهما أجنبيّان عنهما؛ لا ينتفعان بشهادتهما بوجه ما، فلا يكونان متهمين فيها، فقبلت شهادتهما، وإذا قبلت شهادتهما يثبت المشهود به والمشهود به الكفالة بأمر، وأنه يقتضي الرجوع عند الأداء، فإذا ادعى رجع بها على الأصيل.

وأما شهادتهما على أبويهما بالضمان، فحكمها موقوف؛ لأن الكفالة بأمر مترددة بين النفع والضرر، وإنما يترجح أحدهما على الآخر بالدعوى أو الإنكار، فتوقف إلى حضورهما حتى ينظر، يقران بذلك أم يُنكران، فإذا حضرا، فإن جحدا ذلك، قبلت شهادتهما؛ لأنه ترجح جانب الضرر، فكانت شهادة عليهما، وإن ادعيا لم تقبل؛ لأنه ترجح جانب النفع في شهادتهما؛ وكانت شهادة لأبيهما، فلا تقبل ذلك، ولكن بقيت الشهادة على الضامن الثالث مقبولة لخلوها عن التهمة، فإن أداها الثالث، وأراد أن يرجع أبوي الشاهدين بحصتهما، كان له ذلك؛ لأنهما قد أقرا بالضمان والأمر، وإقرارهما حجة عليهما، فإن رجع عليهما، لم يرجعا على الأصيل بشيء إذا جحد الأصيل أن يكونا ضمنا عنه بأمره؛ لأن إقرارهما بالضمان صحيح؛ لأنه إقرار على أنفسهما، فأما بالأمر فلا، فإنه إقرار على الأصل، ولا يجوز أن يكون الإقرار حجة على غير المقر، وكذلك إذا ضمنهما الطالب لم يرجعا على الأصيل ولا على الضامن الثالث إذا جحد الآمر؛ لأن ضمانهما إنما يثبت بالإقرار، وأنه حجة قاصرة، فلايعدوهما، فلايثبت الأمر به، والرجوع من حكم الأمر بالضمان.

١٤٩٧٦- قال ابن سماعة عن محمد: في رجل اشترى من رجل عبدًا، وأعتقه، واشترى ذلك العبد عبدًا وأعتقه، فمات المولى الأسفل والأوسط والأعلى حيان، فأقام رجل البينة أن الميت عبده، وأراد أخذ تركته، فشهد ابنا المولى الأعلى أن الأوسط اشتراه

من فلان، وهو يملكه، فأعتقه، جازت شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة إنما قامت من حيث الحقيقة لإثبات الولاء لمولى أبيهما دون أبيهما فقبلت، أقصى ما فى الباب أنه يثبت نسبة الولاء إلى أبيهما، إذا ثبت الولاء لمولى أبيهما، ولكن المعتبر فى رد الشهادة وقبولها النظر إلى ما وقعت عليه الشهادة دون غيرها، وباعتباره ما قامت هذه الشهادة لأبيهما، فقبلت، ألا ترى أنه إذا شهد لأخيه بمال، تقبل شهادته، والمشهود به إذا ثبت للأخ، يثبت للأب فيه حق وشهادته لأبيه غير مقبولة، لكن لما كان نفس المشهود به حق الأخ دون الأب، تقبل شهادته، وإن كان يفضى إلى إثبات الحق للأب، كذا هذا.

ولو كان المولى الأوسط مات أيضًا، ولم يترك وارثًا إلا المولى الأعلى، ثم شهد ابنا المولى الأعلى بما ذكرنا، لم تقبل شهادتهما؛ لأن الوارث ههنا المولى الأعلى؛ لأن بموت الأوسط انجرّ الولاء إلى الأعلى، فقد شهدا لأبيهما بالميراث، فلا تقبل الدعوى والإنكار فيما يدور بين الضرر والنفع.

ولو مات المولى الأوسط، ثم مات المولى الأسفل أيضًا، ولم يترك وارثًا إلا ابنة له، والمولى الأعلى، فادعى رجل أن المولى الأسفل كان عبدًا له، وأقام البينة، وادعت الابنة أنه كان حرًا، وأن المولى الأوسط أعتقه، وهو يملكه، والمولى الأعلى ينكر ذلك، فشهد ابنا المولى الأعلى أن الأوسط اشتراه من فلان وهو يملكه، ثم أعتقه فإنى أجيز شهادتهما، وأجعله حرًا من المولى الأوسط، ويكون الميراث بين ابنته، والمولى الأعلى نصفان، وإنما شرط إنكار الأب لجواز شهادتهما؛ لأن عند إنكاره يتمحض هذه الشهادة للابنة، فوجب قبولها، وإذا قضى بها ثبت الولاء للمولى الأعلى بواسطة الأوسط، وكان الميراث نصفه لابنته، ونصفه للمولى الأعلى بالعصوبة من جهة الولاء.

واستشهد محمد لهذا برجل شهد عليه ابناه أن هذا ابنه، وهو ينكر ذلك أن أجيز شهادتهما؛ لأن شهادتهما قامت على الأب، وإذا جازت ثبت نسبه منه، فإن مات هذا الابن ورثه منه، وإن كان أنكر ثبوته؛ لأنه صار مكذبًا بقضاء القاضى، فلا يبقى لزعمه عبرة.

١٤٩٧٧- وإذا اشترى الرجل عبدًا وقبضه، ودفع الثمن، فادعى العبد أن البائع كان أعتقه قبل أن يبيعه منه، وشهد له بذلك أبناء البائع، فإنه لا أعجل بعتق العبد، حتى

يقدم البائع واسأله؛ لأن فيه منفعة للبائع من حيث ثبوت الولاء له، ومضرة له، فإنه يسترد الثمن من يده لبطلان البيع، وقد ذكر أن شهادة الابن فيما يتردد بين الضرر والنفع يتوقف على إنكار الأب.

وإذا حضر، وأنكر العتق، قبلت شهادتهما، وبطل البيع؛ لأنه ظهر أنه باع الحر ووجب على البائع رد الثمن؛ لأنه قبضه على جهة الوجوب بحكم البيع[1]، وقد ظهر أنه لم يكن، فيرده عليه، وليس لأحد أن يقول: ينبغي أن يقضي القاضي بعتق العبد للحال؛ لأن الحال لايخلو إما أن يكون البائع مقرّا بالعتق، أو كان جاحداً له إن كان جاحداً له، كانت البينة مقبولة عليه، فيقضي القاضي عليه بالعتق بالبينة، وإن كان مقرّا، فالقاضي يقضي عليه بإقراره، فجواز القضاء بالعتق عليه متيقن؛ لأنا نقول حكم الإقرار يخالف حكم البينة، فيتوقف القاضي في القضاء بالعتق إلى حضور البائع ليعلم أنه يقضي بالإقرار أو بالبينة.

١٤٩٧٨- قال في "كتاب الأقضية": رجل عليه مال لرجل شهدا أبناء المطلوب أن الطالب أبرأ أبانا عنه، أو احتال به على فلان، والطالب ينكر، فنقول: لا شك أن شهادتهما بالإبراء لاتقبل؛ لأنهما يشهدان للأب.

١٤٩٧٩- وأما الشهادة بالحوالة فإن كانت الحوالة بغير أمر لا تقبل؛ لأنهما يشهدان للأب؛ لأنهما شهداء بإبراء الأب بغير عوض؛ لأن الحوالة إذا كانت بغير أمر، حتى أدّى المحال عليه المال، لا يرجع على الأصيل بشيء، وإن كانت الحوالة بأمر، فقد ترددت بين أن تكون شهادة لأبيهما، أو على أبيهما من حيث إنه يحصل له البراءة للحال، كانت شهادة لأبيهما، ومن حيث إن المحتال عليه يرجع عليه عند الأداء إن لم يكن له على المحتال عليه دين، ويسقط دينه على المحتال عليه إن كان له عليه دين، كانت شهادة على أبيهما، فيعتبر فيه الدعوى والإنكار للرد والقبول، هكذا ذكر في "كتاب الأقضية"، وعندي أن الشهادة لا تقبل في هذه الصورة ادّعى الأب أو جحد إن ادعى فلان هذه الشهادة للأب، وإن جحد فلان هذه شهادة خلت عن الدعوى.

ولو كان المال على غير أبيهما، فشهدا أن الطالب احتال به على أبيهما، والطالب

(١) هكذا في الأصل وظ، وكان في م: بحكم النفع.

ينكر ، والمطلوب يدعى ، إن كانت الحوالة بغير أمر تقبل شهادتهما ؛ لأن هذه شهادة على أبيهما ، فإنه لا رجوع له عند الأداء ، وإن كانت الحوالة بأمر ، فقد تردد بين الضرر والنفع ، فيتردد بين أن تكون شهادة على أبيهما أو لأبيهما ، فإن ادعى لا تقبل شهادتهما ، وإن أنكر تقبل .

١٤٩٨٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : رجل باع دارًا ، ولم يقبضها المشترى حتى جاء شفيع الدار ، وخاصم فيها ، فشهدا بناء البائع أن المشترى ، قد سلّم الدار للشفيع بشفعته ، ثم اشتراها منه بالثمن ، لا تقبل شهادتهما ، أما على قول من لايرى بيع العقار قبل القبض ؛ لأنهما شهدا ببيع باطل ، وأما على قول من يرى بيع العقار قبل القبض ، فلأنهما بهذه الشهادة يدفعان خصومة الشفيع عن أبيهما ؛ لإن الخصم فى الشفعة قبل القبض البائع[1] ، ولهذا كانت العهدة عليه .

وكذلك لو شهدا أن الشفيع سلم الشفعة فى الدار ، لا تقبل شهادتهما ؛ لما ذكرنا ، وهذا إذا ادعى الأب ما شهدا به ، فأما إذا جحد ما شهدا به ، تقبل شهادتهما ؛ لأنهما يشهدان على الأب بوجوب تسليم الدار إلى المشترى ، فكانت شهادة على أبيهما من هذا الوجه .

١٤٩٨١- ولو كان المشترى قبض الدار من البائع ، ثم شهدا بناء البائع على تسليم المشترى الدار إلى شفيع بشفعته ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأنهما بهذه الشهادة يريدان تبعيد العهدة عن أبيهما ، فكانا شاهدين لأبيهما ، وسواء ادّعى البائع ما شهدا به ، أو جحد ذلك ؛ لأن تسليم المشترى الدار إلى الشفيع محض منفعة فى حق البائع ؛ لايشوبه ضرر ، فإن شهدا أن الشفيع سلّم الشفعة فى الدار للمشترى تقبل الشهادة ؛ لأن هذه الشهادة على الأب بتقريب العهدة إليه .

١٤٩٨٢- قال فى كتاب الحوالة[2] : رجلان عليهما مال لرجل أحالا به على غريم لهما ، وجحد الطالب الحوالة ، فشهد على الطالب أبناه أو أبواه ، أو أمه أو امرأته ، قبلت شهادتهم ؛ لأن هذه شهادة على الطالب بسقوط مطالبته عن الأولين ، فلم

---

(١) خبر أنّ .

(٢) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى ظ : فى كتاب العهدة الحوالة .

يتمكن التهمة فى شهادتهم، فقبلت ولو شهد أبناء المطلوبين الأولين، فإن ادّعى أبوهما ذلك، لا تقبل شهادتهما، وإن جحد ذلك تقبل شهادتهما؛ لأنها دائرة فى حق أبيهما بين النفع، وهو براءتهما وبين الضرر، وهو شغل الدين لو كان لهما على المحتال عليه دين، وثبوت حق الرجوع عليهما لو لم يكن لهما عليه دين، فيعتبر فيه الدعوى والإنكار.

وأما شهادة ابنى المحتال عليه إن ادعى ذلك أبوهما، لا تقبل شهادتهما؛ لأنه يدور بين النفع فى حق أبيهما، وهو سقوط حق مطالبة المحيلين عنه، والضرر وهو توجه مطالبة المحتال له نحوه، فيعتبر فيه الدعوى والإنكار.

١٤٩٨٣- قال محمد فى "الجامع": جارية فى يدى رجل ادعى رجل أنه اشترى هذه الجارية من فلان بمائة درهم، وأن فلانًا ذلك اشتراها منك بألف درهم، وقبضها قبل أن يبيعها منى، وأنكر الذى فى يده الجارية، والمشترى الأول، فشهد ابنا الذى فى يديه الجارية بذلك، قبلت شهادتهما على أبيهما، وعلى المشترى الأول بالبيع، وإذا قبلت قضى لصاحب اليد على المشترى الأول بألف درهم، وقضى للمشترى الأول على المشترى الثانى بمائة دينار، وإن كان المولى والمشترى الأول ينكران ذلك؛ لصيرورتهما مكذبين فى إنكارهما بالبينة العادلة، وإن كان الذى فى يديه الجارية يدعى ذلك، والمشترى الأول ينكر، لا تقبل شهادتهما، وكانت الجارية للمشترى الثانى؛ لأن ذا اليد مالك لها ظاهرًا، وقد أقر بكونها مملوكة للمشترى الآخر، فصح إقراره بذلك، ولا يقضى للذى فى يديه على المشترى الأول بشىء؛ لأن الشهادة إذا لم تقبل خرجت من البين، بقى إقرار الذى فى يديه، وإقرار الإنسان حجة عليه، وليس بحجة على غيره، ولا يكون لذى اليد أن يحبس الجارية من المشترى الآخر حتى يستوفى الثمن منه، سواء ادعى المشترى الآخر أنه قبض الجارية من المشترى الأول، وصدّقه صاحب اليد فى ذلك، أو لم يدّع ذلك؛ لأن حق حبس المبيع من حقوق العقد، فإنما يثبت للبائع أو لمن قام مقام البائع وذو اليد لم يبع الجارية من المشترى الآخر، وليس هو بقائم مقام البائع، فلهذا لا يكون له ذلك، ولا يكون لذى اليد أن يقبض المائة الدينار من المشترى الآخر، قضاء بدينه الذى وجب له على المشترى الأول فى زعم المشترى الآخر؛ لأن الواجب له على المشترى الأول فى زعم المشترى الآخر ألف درهم، والواجب للمشترى الأول على المشترى الآخر فى زعمه مائة دينار، وعند اختلاف الجنس لو وجد عينًا عند من

عليه الدين، أو عند غيره، لا يكون له حق الأخذ، فإذا وجد دينًا عند غيره أولى أن لا يكون له حق الأخذ، ولو كان المشترى الآخر ادّعى أنه اشتراها بألف وخمسمائة، حتى كان الثمنان من جنس واحد، والمشترى الأول يجحد ذلك، والذى فى يده الجارية صدّق المشترى الآخر فيما قال، فإن ادّعى المشترى الآخر أنه قبض الجارية من المشترى الأول بإذنه وصدّقه ذو اليد فى ذلك، لا يكون لذى اليد أن يحبس الجارية من المشترى الآخر؛ لما قلنا، ولا يعطيه المشترى الآخر من الثمن شيئًا لما ذكرنا أن ذا اليد لم يبعها منه، لكن المشترى الآخر إن خلّى بين المشترى الأول وبين الثمن، حتى صار الثمن ملكًا للمشترى الأول بتصادق ذى اليد والمشترى الآخر، كان لذى اليد أن يأخذه؛ لأنه ظفر بجنس حقه من مال المشترى الأول، وإن لم يكن خلى لا يؤمر المشترى الآخر بالتخلية؛ لأن الحق فى ذلك للمشترى الأول، وهو ينكر.

ولو أن المشترى الآخر أقر أنه لم يقبض الجارية من المشترى الأول، ففى القياس الجواب، كذلك لا يكون لذى اليد أن يحبس الجارية من المشترى الآخر، وفى الاستحسان يكون له حق حبس الجارية من المشترى الآخر، حتى يستوفى منه ألفًا إن كان المشترى الآخر ا شتراها بألف، أو بألف وخمسمائة، وإن كان اشتراها بخمسمائة يحبسها حتى يستوفى خمسمائة.

وجه القياس ما مرّ أن الحبس بالثمن من حقوق العقد، فلا يثبت إلا للعاقد، أو لمن قام مقام العاقد، ولم يوجد شىء من ذلك فى حق ذى اليد، فلا يكون له حق الحبس، كما فى المسألة المتقدمة.

وجه الاستحسان أن صاحب اليد بائع الجارية من المشترى الآخر من وجه من حيث إن البيع من المشترى الآخر إنما ظهر بتصديق ذى اليد إياه فيما ادعاه، وليس ببائع لها منه من وجه من حيث إنه لم يجر بينهما حقيقة، ولو كان بائعًا لها منه من كل وجه، ولم يكن المشترى الآخر، قبضها منه، كان له حبسها من المشترى الآخر حتى يستوفى الثمن منه، سواء كان باعها بدراهم أو بدنانير، ولو لم يكن بائعًا لها من وكل وجه، لم يكن له حق الحبس من المشترى الآخر، سواء باعها بدراهم أو بدنانير، فإذا كان بائعًا لها منه من وجه دون وجه، عملنا بهما، فمن حيث إنه ليس ببائع لها منه من وجه، لا يثبت

له حق الحبس إذا كان الثمنان من جنسين مختلفين، ومن حيث إنه بائع لها منه من وجه، كان له حق الحبس عند اتحاد جنس الثمنين عملا بالدليلين بقدر الإمكان، ولو تصادق ذو اليد والمشترى الأول على شراء المشترى الأول، وتسليم الجارية إليه، إلا أنهما جحدا لشراء المشترى الآخر، فأقام المشترى الآخر ابنى ذى اليد، فشهدا له، قبلت شهادتهما، ويثبت البيع الثانى، ثم ينظر إن كان المشترى الآخر ادعى القبض، فإن كان الثمنان من جنسين مختلفين، فكذلك الجواب، وإن كانا من جنس واحد، ففى القياس الجواب كذلك، وفى الاستحسان: له حق الحبس.

١٤٩٨٤- وأصل هذه الجملة ما قال محمد فى الكتاب: فى رجل اشترى جارية، وقبضها ونقد الثمن، ثم جاء رجل، وادعى على المشترى الأول أنه كان اشتراها بكذا قبل شراءه، ولم يقبضها، ولم ينقد ثمنها، وكذّبه البائع، وصدّقه المشترى المعروف، قضى القاضى بالجارية للذى ادّعى الشراء أولا، ثم إن كان الثمنان من جنسين مختلفين، لم يملك المشترى المعروف، حبسهما بالثمن سواء ادّعى المجهول أنه قبضها، أو لم يقبضها، وإن كان الجنس واحداً، إن ادعى المشترى المجهول أنه قبضها من البائع بإذنه، إلا أنه لم ينقد الثمن فكذلك، وإن ادعى أنه لم يكن قبضها، فى القياس: ليس له حق الحبس، وفى الاستحسان: له ذلك، والمعنى ما مرّ، كذا ههنا.

قال: وإذا شهدا أن أباهما وكّل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما بشهادتهما ينصبان من يقوم بحقوق الأب، وباستيفاءه، فكانا شاهدين لأبيهما، فلا تقبل شهادتهما، ولكن هذا إذا كان المطلوب يجحد الوكالة، فأما إذا أقر المطلوب بها، جازت الشهادة.

فرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها فى كتاب الوكالة: أن من وكّل رجلا بالخصومة فى دار بعينها، وقبضها وغاب، فشهد أبناء الموكل أن أباهما وكّل هذا الرجل بالخصومة فى هذه الدار، وقبضها لا تقبل شهادتهما، سواء جحد المطلوب الوكالة أو أقر بها.

ووجه الفرق: أن فى مسألة الدين المطلوب إذا كان مقرّا بوكالته، يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة، فإنما قامت الشهادة لإبراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا

حضر الطالب، وأنكر الوكالة، فكانت هذه شهادة على أبيهما، وشهادة الإنسان على أبيه مقبولة، أما في مسألة كتاب الوكالة، المطلوب وإن كان مقرّا لايجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره، وإنما يجبر عليه بالشهادة، فكانت هذه الشهادة واقعة لأبيهما، فلا تقبل.

١٤٩٨٥- أصل هذه المسألة أن من جاء إلى مديون رجل، وقال: أنا وكيل فلان بقبض الدين منك، وصدّقه المديون بذلك، يؤمر بتسليم الدين إليه، وإن قال الآخر: أنا وكيل فلان بقبض الوديعة منك، لا يجبر على دفع الوديعة إليه، وإن صدّقه في ذلك؛ لأن المديون يقر على نفسه؛ لأنه يقر بحق القبض له في ملكه، فكان إقراراً على نفسه، فصح، وفي الوديعة إنما يقر بحق قبض ملك الغير، وإقراره على غيره لا يصح.

ورُوي عن أبي يوسف أن في الوديعة أيضًا يجبر المودَع على الدفع إلى الوكيل؛ لأنه يقر على نفسه بأن الوكيل أولى منه بقبض العين، وأنه ضامن لهذا العين إذا منعه عن الوكيل، فكان مقرّا على نفسه، فيصح إقراره عليه، فعلى قياس هذه الرواية: يجب أن يكون الجواب في الوكالة بالخصومة في الدار وفي الدين سواء.

هذا إذا كان الموكل طالبًا، فإن كان الموكل هو المطلوب، وقد ادعى الطالب في داره دعوى، فشهد أبناء المطلوب أن أباهما وكّل هذا الرجل بخصومته، فإن كان الوكيل يجحد الوكالة، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه شهادة خلت عن الدعوى، وبدون الدعوى لا تقبل الشهادة في حقوق العباد، وإن كان الوكيل يدعي الوكالة، لا تقبل هذه الشهادة أيضًا أقر الطالب بالوكالة أو جحدها؛ لأن هذه بينة قامت على غير خصم؛ لأن الطالب لا يكون مجبراً على الدعوى، وإن كان هو وكيلا عن المطلوب، كما لا يجبر عند حضرة المطلوب، فلم يكن خصمًا في حق إثبات الوكالة، والبينة لا تقبل إلا على خصم، ولأنهما بهذه الشهادة ينصبان نائبًا عن أبيهما؛ لأن إقرار الطالب لا يثبت وكالة الوكيل، وإنما يثبت بالشهادة، فهما ينصبان بشهادتهما نائبًا عن أبيهما ليخاصم عنه، ويقيم حجة الدفع حتى يتقرر ملك أبيهما فيما وقعت فيه الخصومة، فكانا شاهدين لأبيهما، فلا تقبل شهادتهما.

وإن شهد أبناء المطلوب على أن فلانًا وكّل هذا الرجل بالخصومة مع أبيهما في هذه

الدار، والطالب غائب، فإن جحد الأب الوكالة، قبلت هذه الشهادة؛ لأنه شهادة على أبيهما؛ لأنه يستحق بالجواب عن الخصومة عليه بدعواه، والشهادة على أبيهما مقبولة، وإن أقر الأب بالوكالة، لا تقبل شهادتهما؛ لأن هذه شهادة خلت عن الدعوى، فإن الوكيل لا يجبر على الدعوى كالموكل، فلا يدعى المطلوب بهذه الوكالة شيئًا يلزم الوكيل، فلم تصح الدعوى.

١٤٩٨٦- وذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف: لو أن رجلا ادعى على غائب دعوى زعم أن هذا الرجل وكّله فى الخصومة، فشهد أبناء الغائب أن أباهما وكّل هذا الرجل بالخصومة مع المدعى، إن كان الوكيل منكرًا للوكالة، فشهادتهما جائزة؛ لأن هذه شهادة على أبيهما؛ لأن الدعوى وقع على الأب.

بيانه: إن المدعى بإثبات وكالة الحاضر يريد إلزام الحق على الغائب بإقامة البينة على الحاضر، وكان هذا دعوى على الغائب؛ لأنه يتضرر من حيث إنه يلزمه الحق عند إقامة البينة على الوكيل من غير حضرته، والشهادة على أبيهما مقبولة، فهو معنى قولنا: إن الدعوى وقع على الأب، فكانت الشهادة واقعة على الأب.

وإن كان الوكيل يدعى الوكالة، والطالب يجحد، لا تقبل شهادتهما؛ لأن هذه شهادة قامت لأبيهما بإثبات من يخاصم عنه، ويدفع ويقيم حجة الدفع، فلاتقبل.

١٤٩٨٧- وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا شهد شاهدان أنه فلانًا وكّل أباهما ببيع هذا العبد، فباعه من رجل، والمشترى يجحد، والأب يدعى، لم أقبل[1] شهادتهما، وإن جحد الأب البيع، وادّعا المشترى، قبلت شهادتهما؛ لأن البيع دائر بين الضرر والنفع؛ لأنه يثبت حقوقًا له، وحقوقًا عليه، ويعتبر فيه الدعوى والإنكار.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: فى رجلين شهدا أن الميت أوصى إلى أبينا، وورثة الميت يقرون بذلك أو يُنكرون ذلك، فإن كان أبوهما يدعى الوصاية، لا تقبل شهادتهما، وإن جحد الوصاية تقبل شهادتهما؛ لأن الوصاية تتضمن أحكامًا على الوصى والموصى؛ لأنه يفيد ولاية التصرف فى مال الميت، وأنها للوصى، وتفيد رجوع العُهدة إليه، ولزوم أمور الموصى عليه من تنفيذ وصاياه، وقضاء ديونه، وتوجه المطالبة

(١) وفى الأصل: لا تقبل.

بتلك الحقوق عليه، ومن هذا الوجه عليه فتعتبر فيه الدعوى والإنكار.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: قال: وقال أبو حنيفة: إذا شهد أبناء الميت أو رجلان أوصى لهما الميت بوصية، أو رجلان للميت عليهما دين، أو رجلان لهما على الميت دين، أن الميت أوصى إلى هذا الرجل، والموصى إليه يدعى الوصية، فالشهادة بالوصية جائزة.

يجب أن يُعلم أن جنس هذه المسألة خمسة أقسام: الغريمان اللذان للميت عليهما دين، والغريمان اللذان لهما على الميت دين، والموصى لهما، والموصى إليهما، والوارثان. والمشهود به ثلاثة أشياء: الإيصاء والوصية والوارث.

أما الغريمان اللذان للميّت عليهما دين إذا شهدا بالوصاية، أو الوصية، أو الوارث، إن كان الخصم جاحدًا لا تقبل شهادتهما، إما لأن هذه الشهادة خلت عن الدعوى فى حقوق العباد، وإما لأنهما يثبتان لأنفسهما من يحصل لهما البراءة بأداء الدين إليه، فكانا متهمين فى هذه الشهادة، فلا تقبل شهادتهما.

وإن كان الخصم يدعى ذلك، قبلت شهادتهما، سواء كان الموت ظاهرًا أو لم يكن، أما إذا كان الموت ظاهرًا فلأنه زال ملك الميت بالموت، وانتقل إلى الوارث، فقد أقر بهذه الشهادة أن حق القبض لهذا المدعى بحكم الوصاية، أو الوصية، أو الوراثة، فصح إقراره على نفسه.

وأما إذا كان الموت غير ظاهر؛ فلأنهما يقولان: إن رب الدين قد مات، وأن الدين الذى علينا حقك، وأن ولاية الاستيفاء لك، وهذا إقرار منهما على أنفسهما؛ لأن الدين إنما يقضى من مال المديون، فصح إقرارهما عليه، فإذا استوفى منهما، فإن ظهر أنه ميت، فقد تم الاستيفاء، وإن ظهر أنه حيّ، استرد ما دفع إليه.

وأما الغريمان اللذان لهما على الميت دين إذا شهدا بالوراثة، أو الوصاية أو الوصية، فإن كان الموت غير ظاهر، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يريدان إثبات الموت ليحل الدين فى التركة، وفى ذلك نفع لهما، فلا تقبل شهادتهما، وإن كان الموت ظاهرًا، فإن كان المشهود له لايدعى، فكذلك لا تقبل شهادتهما؛ لأن الشهادة فى حق العباد بدون سابقة الدعوى لا تقبل، ولأنهما يثبتان خليفة للميت يمكنهما مطالبته بإيفاء

الدين، ولهما فيه منفعة ظاهرة، فلاتقبل شهادتهما.

وإن كان المشهود له يدعى ذلك، فالقياس أن لا تقبل شهادتهما؛ لما ذكرنا من تمكن التهمة فى شهادتهما؛ لأنهما ينصبان لأنفسهما بهذه الشهادة خصمًا يطالبانه بإيفاء الدين، وفى الاستحسان: تقبل شهادتهما؛ لأن الموت إذا كان ظاهرًا كان للقاضى ولاية نصب الوصى ليقوم بما هو من حقوق الميت، نحو قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وما أشبه ذلك، إلا أن القاضى يحتاج إلى التعيين، فمتى شهدا بوصايته، فقد كفياه مؤنة التعيين، فتقبل شهادتهما، وبه ظهر انتفاء التهمة عن شهادتهما من هذا الوجه، بخلاف ما إذا كان الوصى لا يدعى ذلك؛ لأنه ليس للقاضى ولاية نصب الإنسان وصيّا على كره منه، فإذا كان لا يدعى الإيصاء، لو قضى القاضى عليه إنما يقضى بشهادتهما، فتحصل المنفعة للشاهدين بشهادتهما على ما مرّ.

فأما الوارثان إذا شهدا بالموصى إليه، وكان الموت غير ظاهر، لا تقبل شهادتهما، سواء كان المشهود له طالبًا بذلك، أو كان جاحدًا؛ لأنهما يثبتان لأنفسهما وجوب الميراث بالموت، وينصبان لأنفسهما من يقوم بحقوقهما، ويلى التصرف لهما، فقد جرّا به لأنفسهما مغنمًا، فلا تقبل شهادتهما.

وإن كان الموت ظاهرًا، وكان المشهود له طالبًا لذلك، تقبل استحسانًا، لما أن للقاضى ولاية نصب الوصى، لكنه يحتاج إلى التعيين، فقد تحملا عنه مؤنة التعيين، ، فتقبل شهادتهما، بخلاف ما إذا شهدا بالوكالة حالة حياة الأب، إذ ليس للقاضى أن ينصب عنه وكيلا فى حياته، فلو نصبه نصبه بشهادتهما، وهما يشهدان لأبيهما.

وبخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهرًا؛ لأن الموت إذا لم يكن ظاهرًا، فليس للقاضى أن ينصب عنه وصيّا، فلو نصبه نصبه بشهادتهما، فهما يشهدان لأبيهما، فلا تقبل شهادتهما.

وأما الموصى إليهما إذا شهدا بوصى آخر معهما، فإن كان الموت غير ظاهر، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يثبتان حلول الوصاية بالموت، ويثبتان عونًا معهما، فلاتقبل شهادتهما، وإن كان الموت ظاهرًا، وكان المشهود له طالبًا لذلك، تقبل شهادتهما استحسانًا؛ لأنهما لا يثبتان بشهادتهما إلا ما كان للقاضى أن يفعله بدون شهادتهما،

وهو نصب الوصى إن أحس بخلل، وإذا ذكروا وصاية آخر، فقد نسبوا أنفسهم إلى العجز، حيث لم يكتف الميت بهما وصيًا، فتقبل شهادتهما .

وأما الموصى لهما إذا شهدا بالموصى إليه، فهو على الأقسام التى ذكرنا، فإن كان الموت ظاهرًا، والمشهود له يطلب ذلك، قبلت شهادتهما، وإن كان الموت غير ظاهر، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا بحلول حقهما بالموت، وأثبتا للميت نائبًا يمكنهما مطالبته بالوصية، فكانا متهمين فيه، فلا تقبل، وإن لم يكن المشهود له طالبًا[1] لذلك، لا تقبل شهادتهما فى الفصول كلها؛ لانعدام الشهادة فيما هو من حقوق العباد .

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: وإن كان المشهود له طالبًا .

الفصل السابع
فيما يجوز من الشهادات وما لا يجوز

١٤٩٨٨- قال محمد: رجلان فى أيديهما مال وديعة لرجل، فادعاه رجل، فشهد المودعان بذلك، جازت شهادتهما، ورُوى عن أبى يوسف: أنه لا تجوز شهادتهما؛ لأن بقبول الوديعة صارا مقرين بالملك للمودع، فكانا متناقضين فى أن هذا العين ملك المدعى، فبطلت شهادتهما؛ لمكان التناقض، وجه ظاهر الرواية أن هذه شهادة خلت عن التهمة؛ لأنها شهادة للغير من كل وجه، وليس فيها جرّ منفعة إلى الشاهد، ولا دفع مغرم عنه، وشهادة العَدل إذا خلت عن التهمة، فالأصل فيها القبول.

وما يقول: بأن بقبول الوديعة صارا مقرين بالملك للمودع، هذا ممنوع بأن الإيداع، كما يكون من المالك، يكون من نائبه، ولم ينتفِ جهة النيابة ههنا، إذ يمكن للمودعين أن يقولا: قبلنا الوديعة من فلان إلا أنه كان نائبًا عن هذا المدعى فى الإيداع، ومهما أمكن التوفيق لا يحمل على وجه التناقض.

ولئن سلّمنا أن قبول الوديعة إقرار بالملك للمودِع، لكن هذا ليس بإقرار مقصودًا، بل هو إقرار فى ضمن الوديعة، وقد بطلت الوديعة بهذه الشهادة، فبطل ما ثبت فى ضمنه.

ولو أن المدعى أقام شاهدين سوى هذين المودَعين، ثم شهد المودَعان على إقرار المدعى أن هذا العين للمودع، لا تقبل شهادتهما، سواء كانت الوديعة قائمة أو مستهلكة إن كانت قائمة؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران إلى أنفسهما مغنمًا، وهو دوام يدهما على هذا المال، وإن كانت مستهلكة؛ لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما مغرمًا؛ لأن ظهرا أنهما كانا مودعى الغاصب، ومودَع الغاصب ضامن فيهما بهذه الشهادة يبرئان أنفسهما عن الضمان، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك المودَعان بشهادتهما يُبطلان يد أنفسهما إن كانت الوديعة قائمة، ويوجبان الضمان على أنفسهما إن كانت الوديعة مستهلكة.

ولو أنهما كانا ردّ الوديعة على المودع، ثم شهدا على إقرار المدعى أن الوديعة ملك المودع، قبلت شهادتهما؛ لأنهما بهذه الشهادة لا يستديمان اليد على الوديعة؛ لأن الوديعة خرجت عن أيديهما بالرد، ولا يبرئان ذمتهما عن الضمان؛ لبراءتهما عن الضمان بالرد؛ لأن مودع الغاصب يبرأ بالرد على الغاصب.

١٤٩٨٩- وفى "المنتقى": إذا شهد المودع أن الذى أودعه أقر أنه عبده، جازت شهادته، وكذلك العارية؛ لأنه لم يشهد على الوديعة والعارية بعينها، ولو شهد أن الذى استودعها، أو أعارها باعها من هذا المدعى، لم تجز شهادته؛ لأنه يبطل سبيل رب الوديعة عليه، حتى لايجوز دفعها إليه، وفيما إذا شهدا على إقرار المودَع أنه عبده، ما أبطل سبيله؛ لأن العبد يأخذها ويبرئان بالدفع إليه.

١٤٩٩٠- وإذا كان العبد وديعة فى يدى رجلين شهدا أن المولى كاتبه، أو دبّره، أو أعتقه، والعبد يدعى ذلك جاز، ولا يشبه هذا البيع؛ لأن العتق خروج عن ملك إلى غير ملك.

١٤٩٩١- قال فى "الجامع": رجلان رهنا من رجلين غلامًا بألف درهم لهما عليهما، ثم ادعى رجل أن الرهن له، وشهد له المرتهنان بذلك، جازت شهادتهما؛ لأنهما ما شهدا لأنفسهما، بل شهدا على أنفسهما بإبطال اليد والحبس، ولم يصيرا متناقضين أيضًا؛ لأن قبول الرهن لايكون إقرارًا بالملك للراهن؛ لأن الرهن، كما يكون من المالك يكون من غير المالك، بأن استعار رجل من آخر عينًا ليرهن بالدين.

ولو شهد المرتهنان على إقرار المدعى أن العبد للراهنين قائم فى يدهما، أو هلك، لاتقبل شهادتهما؛ أنهما يدفعان عن أنفسهما مغرمًا، وهو الضمان إن كان قد هلك، ويجران إلى أنفسهما مغنمًا، وهى تقرير اليد التى هى حقهما، وإن كانا قد ردّا الرهن إلى الراهنين، تقبل شهادتهما.

ولو أنكر المرتهنان ما ادعاه المدعى، وشهد به الراهنان، لا تقبل شهادتهما على المرتهنين؛ لأنهما بعقد الرهن أوجبا حقّا للمرتهنين فى المرهون، فإذا شهدا أنه ملك المدعى، فقد سعيا فى نقض ما تم بهما، فلا تقبل شهادتهما بخلاف المرتهنين، حيث تقبل شهادتهما، وإن صارا ساعيين فى نقض ما تم بهما، إلا أن السعى فى نقض ما تمّ

بالإنسان إنما يمنع قبول الشهادة، إذا كان لا يملك النقض إلا بالشهادة، والمرتهن يملك النقض من غير رضا الراهن بالرد، إذ الرد[(١)] جانب المرتهن غير لازم، فلا يمنع قبول الشهادة، بخلاف جانب الراهن، وإذا لم تقبل شهادة الراهنين على المرتهنين ضمن الراهنان قيمة العبد للمدعى؛ لأنهما لما شهدا للمدعى، فقد صارا مقرين أنهما كانا غاصبين لهذا العبد، وقد عجزا عن رده إلى المدعى بحق المرتهنين، فيضمنان القيمة.

١٤٩٩٢- ولو ارتهن رجلان من رجل جارية قيمتها ألف درهم، وقبضاها، فماتت فى أيدهما، ثم ادّعاها رجل، فشهد المرتهنان أنها كانت لهذا المدعى، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا، فإنهما صارا مستوفيين دينهما بالهلاك، وبهذه الشهادة يعيدان الدين على الراهن بعد ما سقط من حيث الظاهر إلا أنهما يضمنان قيمتها للمدعى؛ لأنهما أقرا أنهما كانا غاصبين للجارية، وقد عجزا عن رد الجارية، فكان عليهما قيمة الجارية، بخلاف ما لو شهد المرتهنان بذلك حال قيام الرهن، حيث تقبل شهادتهما؛ لأنهما بشهادتهما لا يعيدان دينًا على الراهن بعد السقوط؛ لأن الدين فى ذمة الراهن قبل هلاك الرهن، وإنما يسقط بالهلاك، ولا يحولان ضمانًا، وجب عليهما للراهن للمدعى؛ لأن الرهن مضمون عليهما بالدين، لا بالقيمة، و بشهادتهما لا يتحول ضمان الدين إلى المدعى، بل تجب عليهما القيمة للمدعى على اعتبار الهلاك، ويسقط ملك اليد الثابت لهما، فكانا جارّين إلى أنفسهما مغرمًا لا مغنمًا.

١٤٩٩٣- رجلان غصبا من رجل عبدًا، وثبت ذلك عند القاضى بإقرارهما أو ببينة قامت عليها، ثم ادّعى رجل آخر العبد المغصوب، فشهد له الغاصبان بذلك، فإن شهدا بعد ما ردّ المغصوب إلى المغصوب منه، قبلت شهادتهما؛ لخلو شهادتهما عن التناقض والتهمة، أما التناقض فظاهر، وأما التهمة فلأنه ليس فيها جرّ مغنم، ولا دفع مغرم، لبراءة الشاهدين عن الضمان بالرد على المغصوب منه.

ولو شهدا والعبد فى أيديهما، لا تقبل هذه الشهادة؛ لتمكن التهمة فى هذه الشهادة لما فيها من تحويل ضمان الرد إلى غير المغصوب منه، وللشاهدين فى ذلك

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: الرهن.

فائدة؛ لتفاوت بين الناس فى المطالبة والخصومة.

وكذلك لو شهدا بعد هلاك المغصوب فى أيديهما، لا تقبل شهادتهما، سواء قضى القاضى بالقيمة، أو لم يقض، وسواء دفعا القيمة إلى المغصوب منه، أو لم يدفعا، أما قبل القضاء فلتحويلهما ما وجب عليهما من الضمان للمغصوب منه إلى المدعى، ولهما فيه فائدة على ما مرّ، فكان فى هذه الشهادة نوع تهمة، وأما بعد القضاء قبل دفع القيمة، فلهذه العلة، ولعلة أخرى، وهو أن الشاهدين عند قضاء القاضى ملكا العبد بمقابلة الضمان، فصار من حيث الحكم كأنهما اشتريا العبد، ولو صارا مشتريين للعبد حقيقة، ثم شهدا بالعبد للمدعى، لا تقبل شهادتهما، فكذا إذا ثبت بينهما بيع حكمى، وأما بعد دفع القيمة فللعلة الثانية.

ثم قال: وكذلك القرض وكل دَين، فشهادتهما فى ذلك باطلة، قضياه أو لم يقضيا، وصورته: إذا شهد المستقرضان أن ما أقرضهما المقرض، كان للمدعى لا تقبل شهادتهما، أما قبل قضاء الدين فلوجهين: أحدهما: أنهما يحولان ما وجب عليهما من الضمان للمقرض إلى المدعى، والثانى: أن الاستقراض شراء حقيقة إن كان استعارة حكما، فكان المستقرض بمعنى المشترى، والمشترى إذا شهد بالمشترى لغيره، لا تقبل شهادته لما قلنا، كذا ههنا، وأما بعد القضاء فللعلة الثانية.

١٤٩٩٤- رجلان اشتريا من رجل جارية شراء فاسداً بألف وقبضاها، ثم ادعاها آخر، فشهد المشتريان أنها للمدعى، فهو على التفاصيل التى قلنا فى الغصب؛ لأن المشترى شراء فاسداً مضمون على المشترى بنفسه لا بغيره، فكان كالغصب، إلا إن بين هذ المسألة، وبين مسألة الغصب فرقا من وجه أن فى مسألة الشراء المدعى[1] يأخذ الجارية من المشترين قبل نقض البيع، وفى الغصب لا يأخذ؛ لأن فى الغصب الغاصب إنما أقر بالجارية للمدعى، وهى ملك غيره ظاهراً، فلم يصح إقراره، والمشترى شراء فاسداً أقر بالجارية للمدعى، وهى ملكه فى الظاهر، فيؤمر أن يردها إلى المدعى، ثم يضمن المشتريان قيمة الجارية للبائع؛ لعجزهما عن رد عين الجارية.

ثم قال محمد فى "الأصل": ولو كان المشتريان مع بائعهما نقضا البيع، أو نقض

---

(١) وكان فى الأصل: المشترى.

القاضي البيع، فلم يقبض البائع الجارية حتى شهدا للمدعى بالجارية، يعنى المشترين، لم يلزمهما تسليم الجارية؛ لإقرارهما بالجارية للمدعى، وهى ملك غيرهما.

١٤٩٩٥- رجل اشترى من رجل جارية شراء صحيحًا، وتقابضا وتقايلا البيع، أو ردها المشترى بالعيب بغير قضاء، وقبلها البائع، ثم جاء رجل، وادعى أن الجارية له، فشهد المشترى ورجل آخر أن الجارية للمدعى، فشهادتهما باطلة، سواء كانت هى محبوسة بالثمن عند المشترى أو دفعها إلى البائع؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بتراضيهما والإقالة بمنزلة بيع جديد فى حق غيرهما، والمدعى غيرهما، فصار فى حق المدعى كأن المشترى باعها من البائع ثانيًا، ثم شهد بها بعد ذلك للمدعى، وعلى هذا الاعتبار كان فى زعم المدعى أن شهادته باطلة؛ لكونها متضمنة السعى فى نقض ما تمّ به، والمدعى متى زعم بطلان الشهادة القائمة له، لا تقبل الشهادة.

ولو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء، أو قبل القبض بغير قضاء، وكان الرد بخيار رؤية، أو بخيار شرط، ثم شهد بها للمدعى مع غيره، جازت شهادتهما؛ لأن الرد بهذه الأسباب فسخ من كل وجه، ولهذا لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، فإذا انفسخ البيع من كل وجه، صار كأن لم يكن مبطلا بشهادته ما أوجب قبل ذلك، ولا محولا ضمانه إلى المدعى؛ لأنه إذا ردها إلى البائع، لم يبقَ مضمونًا عليه، وإذا حبسها بالثمن، فكذلك الجواب، وإن كانت مضمونة عليه، إلا أنها مضمونة عليه بغيرها، وهو الثمن لا بنفسها، فكانت بمنزلة الرهن، وشهادة المرتهن للمدعى بالجارية حال قيام الرهن، تقبل، كذا ههنا.

فلو حبسها بالثمن، فماتت الجارية فى يد المشترى، ثم شهدا بالجارية للمدعى، بطلت شهادتهما؛ لأنها لما ماتت فى يد المشترى بطل الفسخ، وعاد حكم البيع الأول، فصار هذا الشاهد شاهدًا بما اشتراه لغيره، فلا يصح؛ لما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٤٩٩٦- رجل اشترى من آخر جارية بعبد، وتقابضا، فوجد مشترى الجارية بها عيبًا، فردها لعيب إلا أنه حبسها بالعبد، ثم جاء رجل فادعاها، فشهد المشترى بالجارية مع رجل آخر للمدعى، لا تقبل شهادتهما، ولو شهدا بعد ما دفعها إلى البائع

تقبل ؛ لأن الجارية مضمونة عليه بنفسها ، حتى لو هلكت فى يدى المشترى ، ضمن المشترى قيمتها لبائع الجارية ، ويأخذ العبد ، ولا تنتقض الإقالة ، فكانت شبيهة المغصوب ، وشهادة الغاصب بالمغصوب للمدعى قبل الرد لا تقبل ، وبعد الرد تقبل ، كذا ههنا ، بخلاف ما إذا كانت الجارية مشتراة بالدراهم ، والجارية محبوسة بالدراهم ، حيث تقبل شهادة المشترى ؛ لأنها مضمونة بالثمن لا بنفسها ، فكانت شبيهة المرهون على ما مرّ .

فإن مات العبد بيد مشتريه قبل رد الجارية ، ثم رد الجارية بالعيب بقضاء قاضٍ ، صح الرد ؛ لأن الرد لا يمتنع بهلاك أحد العوضين ، عرف هذا فى كتاب البيوع ، فإذا حبسها المشترى حتى يأخذ قيمة العبد ، ثم شهد بها مع غيره للمدعى ، صحت شهادتهما ؛ لأنهما مضمونة عليه بغيرها ، وهو قيمة العبد ، ولهذا لو هلكت الجارية ، لم يضمن لبائعها قيمتها ، بل يسقط عن بائعها قيمة العبد ، فكانت شبيهة المرهون .

١٤٩٩٧- وفى " المنتقى " : رجلان استأجرا من رجل دارًا شهرًا بأجر معلوم ، وسكنا فيها الشهر كله ، ثم جاء مدعٍ يدعى الدار ، فشهد له المستأجران ، جازت شهادتهما ، فإن قضى القاضى بالدار للمدعى ، ثم إن المدعى ادعى أنه كان أمر الذى أجر بإجارتها ، وأراد أخذ الغلة ، فإنه ينبغى للقاضى أن يبطل قضاه بالدار للمدعى ، ويردها إلى الذى كانت الدار فى يده ، وينبغى للقاضى أن يسأل المدعى فى أول الأمر عن الإجارة أكانت بأمرك أو بغير أمرك؟ فإن قال : كانت بأمرى ، لاتقبل شهادة المستأجر ، وإن قال : كانت بغير أمرى ، تقبل شهادة المستأجر ، ولو لم يسكن المستأجر الشهر كله حتى ادعى المدعى الدار ، فشهدا به المستأجر ، ولم يدع المدعى أن الإجارة كانت بأمره ، لم تجز شهادة المستأجر .

وفيه أيضًا : رجل له دار ، وفيها سكان بغير أجر ، فشهد السكان فى الدار شهادة يثبتون الدار له ، أو شهدوا بالدار عليه لآخر ، فشهادتهم جائزة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وإن كان هؤلاء السكان بأجر معلوم بشهور معلومة بأجر رخيص ، أو بأجر غالٍ ، فشهدوا للذى آجرهم لتحقيق الإجارة ، أو شهدوا الإنسان عليه ليفسخوا الإجارة ، فإن أبا حنيفة قال : جازت شهادتهم فى الموضعين جميعًا ، وشهادتهم فى هذا

كإقرار رب الدار أنها لفلان، وقال أبو يوسف : لا تقبل شهادتهم، لا فيما يثبتونها ولا فيما ينقضونها .

١٤٩٩٨- رجل اشترى من آخر جارية، ثم جاء رجل، فادعى أنه اشترى هذه الجارية من هذا المشترى، والمشترى يجحد ذلك، فشهد البائع، ورجل آخر للمدعى بالشراء من المشترى لا تقبل شهادته، وكذلك لو ادعى المشترى، أنه باعه من فلان، وفلان يجحد، فشهد له البائع لم تقبل، ولو أن رجلا اشترى من آخر عبداً، وتبرأ البائع عن عيوبه، فباعه المشترى من رجل آخر، ودلّس العيب الذى به، فخاصم المشترى الآخر المشترى الأول، فشهد البائع الأول ورجل آخر أن هذا العيب كان به عند البائع، قال : أقبل شهادة البائع الأول فى رده على البائع الثانى، ولا أقبل فى تبرئه منه .

١٤٩٩٩- رجل له على رجل ألف درهم، فشهد الذى عليه المال، ورجل آخر أن الطالب أقر أن هذا الألف لهذا الرجل، والرجل يدعى ذلك لا تقبل شهادة الذى عليه المال، ذكره فى "المنتقى" فى موضع، وذكر فى موضع آخر منه أنه لا تقبل شهادته إذا كان لم يؤده، وإن كان أدّاه تقبل .

١٥٠٠٠- ولو مات رجل، وترك مالا على رجلين، وترك أخا، فشهد الرجلان لغلام يدعى أنه ابن الميت أنه ابنه، لا نعلم له وارثًا غيره، أجزت شهادتهما، ولايشبه هذا الدين فى المسألة الأولى من قبل أن الدين لم يثبت عليهم للأخ، ولم يجعله القاضى وارث الميت .

١٥٠٠١- ولو أن رجلين اشتريا ثوبًا من رجل، ونقدا الثمن، أو لم ينقدا، فجاء رجل وادّعى أن الثوب له، فشهد المشتريان له بالثوب، أو شهدا على إقرار البائع أن الثوب له، لم تجز شهادتهما، أما قبل نقد الثمن أما إذا أجاز البيع فلأنهما يريدان تحويل ما وجب عليهما للبائع من حيث الظاهر إلى غيره، ولهما فيه منفعة ؛ لأن الناس يتفاوتون فى المطالبة، وأما إذا لم يجز البائع فلأنهما سعيا فى نقض ما تم بهما، وأما بعد نقد الثمن أما إذا لم يجز البيع فلما قلنا، وأما إذا أجاز، أو قال : بأمرى فلان الثمن الذى نقدا، صار ملكًا للبائع بتمليكهما، فهما بهذه الشهادة يريدان نقض ذلك التمليك .

١٥٠٠٢- وفى "كتاب الأقضية" : لو أن رجلا مات، وله على رجلين ألف

درهم، أو كان له فى أيديهما عبد، غصب أو وديعة، جاء رجل وادعى أنه أخوه لأبيه وأمه، ووارثه لا وارث له غيره، وقضى القاضى بذلك بشهادة شهود شهدوا عليه، وجعله وارثًا، وقضى له بالمال العين والدين، فقضى الغريمان دَينهما للأخ بقضاء قاض، أو بغير قضاء قاضٍ، أو لم يكونا قضياه أو كانا صارفاه على دنانير، أو كان الأخ وهب لهما المال على عوض، أو كانا اشتريا من الأخ جارية من تركة الميت، أو تصدق الأخ عليهما بصدقة على عوض، ثم جاء رجل، فادّعى أنه ابن الميت ووارثه، لا وارث له غيره، وشهد الغريمان له بذلك، فشهادتهما باطلة، أما قبل قضاء الدين، فلأنهما يريدان تحويل المال الذى وجب عليهما للأخ إلى الابن، وقد ذكرنا أن الشهادة تبطل به، وأما بعد القضاء، فلأنهما يريدان أن ينقضا أمرًا تم بهما؛ لأن القضاء قد تمّ.

ولو ظهر أن الأخ ليس بوارث، وأن الوارث هو الابن، كان للغريم أن يسترد ما كان دفعه إلى الأخ؛ لأنه ظهر أنه قبض ما ليس له، ومن سعى فى نقض أمرٍ تمّ به، لا تقبل سعيه، كذلك المصارفة؛ لأن هذا العقد قد تمّ به، فلا يقبل منه نقضه، وكذلك أخذ العوض عنه؛ لما قلنا، هذا هو الكلام فى الدين.

١٥٠٠٣- جئنا إلى العَين، فنقول فى الغصب: إذا شهد الغاصبان بالابن، وكان العبد قائمًا بعينه فى أيديهما، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يحوّلان الضمان من الابن إلى الأخ، وإن كانا دفعا العبد إلى الأخ، ثم شهدا بذلك، فإنه لا يخلو: إما أن دفعا بقضاء، أو بغير قضاء، فإن كان بقضاء، فشهادتهما جائزة، وإن كان بغير قضاء، لا تقبل شهادتهما.

فرق بين هذا وبين ما إذا دفع المغصوب إلى المغصوب منه، ثم شهدا بالملك لغيره تقبل، سواء كان الدفع والرد بقضاء، أو بغير قضاء، وههنا فرق بين القضاء وغير القضاء، ووجه الفرق أن فى تلك المسألة الضمان إنما وجب باعتبار تفويت يد المغصوب منه، فإذا ادعاه إلى يده انتسخ حكم فعله، فانعدمت الجناية، وارتفع الضمان، فلم يحوّلا بهذه الشهادة ضمانًا، وجب للمغصوب منه إلى المدّعى، وفى مسألتنا الضمان وجب باعتبار تفويت يد الميت، ولم توجد الإعادة إلى يد الميت حقيقة، وأنه ظاهر، وكذا حكما لأنه إنما يتحقق الرد إليه حكما بالرد إلى خليفته ونائبه، وليس من ضرورة

القضاء بنسب الأخ ثبوت نيابته وخلافته عن الميت فى الرد عليه ؛ لجواز أن يكون هناك من يحجبه عن الميراث ، أو يكون فى التركة دين مستغرق ، فاحتمل أن يكون خليفة عن الميت فى هذا الحكم ، واحتمل أن لا يكون ، فلا يبطل الضمان الواجب عليه بالاحتمال ، وإذا لم يبطل الضمان عنهما ، كانا بهذه الشهادة محوّلين ذلك الضمان إلى الابن .

فأما إذا كان الرد بقضاء القاضى وبأمره ، فقد تحقق الرد إلى الميت حكمًا ؛ لأن للقاضى ولاية فى مال الميت بالحفظ ، وأن يضعه حيث أحب ، فإذا أمره بالرد إليه صار أمينًا من جهة القاضى ، فخرج عن عهدة الضمان بالرد إليه ، فلم يحوّلا بهذه الشهادة الضمان من الأخ إلى الابن .

ولو كان مكان الغصب وديعة ، قبلت شهادتهما ، سواء كان الدفع بأمر القاضى أو بغير أمره ؛ لأن الضمان لم يكن واجبًا ، وقع الشك فى وجوب الضمان ؛ لاحتمال أنه خليفة الميت ووارثه ، فلا يجب الضمان عليه بالاحتمال ، وفى الغصب لا يبطل الضمان بالاحتمال .

١٥٠٠٤- ولو أن رجلين شهدا أن فلانًا توفى وترك هذا الرجل أخاه لأبيه وأمه ووارثه، فقضى القاضى بشهادتهما ، ثم شهد هذان الرجلان لآخر أنه ابنه ووارثه لم تجز شهادتهما للابن ؛ لأنهما شهدا أوّل مرة بأن الأخ وارثه ، ثم شهدا بوراثة الابن وبين كون الأخ وارثًا وكون[1] الابن وارثًا تنافٍ إن لم يكن بين كون الأول أخا والثانى ابنا تنافٍ ، وقد اتصل القضاء بالشهادة الأولى فتأيدت بها ، فلا يمكن إبطالها بالثانية .

ونظير هذه المسألة المكية والكوفية أن القضاء لو اتصل بالأولى صحت الأولى ، وبطلت الثانية ؛ لما قلنا ، وإن لم يتصل القضاء بالأولى بطلتا جميعًا ، فكذا ههنا ، ولكنهما يضمنان للابن ما قبض الأخ من الميراث ؛ لأنهما زعما أن الميراث للابن دون الأخ ، وأنهما أتلفا على الابن ذلك بشهادتهما ، فقد أقرا بسبب الضمان على أنفسهما ، فيضمنان ، وصار هذا كما لو رجعا عن شهادتهما ، فاعتبر فى الكتاب الشهادة الثانية رجوعًا عن الأول ؛ لأن بينهما تنافيًا ، فكانت الثانية رجوعًا عن الأولى ضرورة .

---

(١) وفى الأصل : وبين كون الابن .

ولو شهدا بالابن غير الأولين، تقبل شهادتهما؛ لأنه ليس بينهما مناقضة، فكل فريق اعتمد دليلا مطلقًا لأداء الشهادة، فالشهادة على النسب جواز أداءها بناءً على الشهرة والتسامع، فقد علم الأولان بنسب الأخ بالشهرة، ولم يشتهر عندهما، ولم يبلغهما نسب الابن، فشهدا بوراثة الأخ، ثم الفريق الثانى علموا بطريق الشهرة بنسب الابن، ولم يسبق منهم ما يناقض شهادتهم، فقبلت شهادتهم، وقضى بنسب الابن؛ لأنه ليس بين الابن والأخ منافاة، وإذا ثبت النسب كان الابن أولى بالميراث من الأخ، فإن كان المال قائمًا يسترده منه، وإن كان قد استهلكه، فالابن بالخيار، إن شاء ضمن الأخ؛ لأنه قبض ماله بغير حق، وإن شاء ضمن الشهود؛ لأنهم بشهادتهم أتلفوا ماله، وظهر بطلان شهادتهم بشهادة الآخرين، فصار كما لو ظهر ذلك برجوعهم، وصار هذا كما لو شهدوا بالقتل، فاقتُصّ منه بقضاء القاضى، ثم جاء الشهود عليه بقتله حيًا أنهم يضمنون، كما لو رجعوا، كذا هذا، ثم إذا ضمنوا رجعوا بذلك على الأخ؛ لأنهم ملكوا المضمون بأداء الضمان، فصار الأخ غاصبًا مالهم، فكان لهم حق تضمينه.

ولو كان الأولان أو غيرهما شهدا أن الثانى أخ الميت لأبيه وأمه، ووارثه مع الأول، قبلت شهادتهم، سواء كان قبل القضاء الأول أو بعد القضاء؛ لأنه لا تنافى بين الشهادتين؛ لجواز أن يكون له أخوان، وكل واحد منهما يرث مع الآخر، ولايضمنان؛ لأنه لم يظهر كذبهما لعدم التنافى بينهما، ولكن لو كان الأول قبض المال بقضاء القاضى، دفع نصفه إلى الثانى؛ لأنه ظهر أن المستحق لهذا النصف هو الثانى، وقبلت شهادتهما لعدم التنافى.

فإن قيل: إن كان الشاهدان بالثانى هما اللذان شهدا بالأول، ينبغى أن لاتقبل شهادتهما بالثانى؛ لأنهما شهدا للأول أنه وارثه لا وارث له غيره، فلما شهدا بالوراثة للثانى، كانا متناقضين.

قلنا: قوله: لا وارث له غيره ليس من صلب الشهادة؛ لأنه نفى، والشهادة على النفى لا تقبل، ألا ترى أنهما لو لم يذكرا ذلك فى الشهادة، قبل القاضى شهادتهما أيضًا إنما هذا لإسقاط التلوّم عن القاضى، فلا يوجب مناقضة بين الشهادة الأولى والثانية، فقبلنا جميعًا، ولا يضمنان لأحد؛ لما ذكرنا.

١٥٠٠٥- إذا شهد الكفيلان بنفس المدعى عليه على المدعى أن المدعى عليه أوفاه الدين، فقد قيل : تقبل شهادتهما ، وقد قيل : لا تقبل ؛ لأنهما يريدان إخراج أنفسهما عن عهدة الكفالة بالنفس بهذه الشهادة ، والصحيح من الجواب أنهما إن شهدا بإيفاء الدَين الذى حصلت الكفالة بالنفس لأجله لا تقبل ، وإن شهدا بإيفاء دين آخر ، لم تحصل الكفالة بالنفس لأجله ، تقبل .

الوكيل بشراء شىء بغير عينه إذا اشترى ، وقال : اشتريته لنفسى ، وقال الموكل : لا ، بل اشتريته لى ، وأقام الموكل البينة على إقرار الوكيل أنه اشتراه للموكل ، وأحد الشهود البائع ، فالقاضى لا يقبل هذه الشهادة من البائع ؛ لأنه متهم ؛ لأنه يبعد العهدة عن نفسه ، فإن الوكيل بالشراء إذا سلّم المشترى إلى الموكل لا يتفرّد بالرد بالعيب ، بل يشترط رضاء الموكل .

١٥٠٠٦- الشاهد إذا كتب شهادته على صك البيع ، أو على صك الشراء ، ثم إن الرجل الآخر ادّعى العين المشترى لنفسه ، وشهد له الذى كتب شهادته على الصك ، فإن كتب الشهادة على وجه يمنع الكاتب عن دعوى الملك لنفسه فى ذلك العين ، لا تقبل شهادته للمدعى ، وإن كتب الشهادة على وجه لا يمنع الكاتب عن دعوى الملك لنفسه فى ذلك العين ، تقبل شهادته للمدعى ، ومسألة دعوى الشاهد على الصك تأتى فى كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى .

١٥٠٠٧- عشرة وكّلوا رجلا بشراء محدود معَين ، فذهب الرجل الوكيل ، واشترى، وأنكر واحد من العشرة كونه وكيلا من جهته ، فشهد التسعة على العاشر أنك وكّلته معنا بالشراء ، تقبل هذه الشهادة ، ولو كان هذا وكيلا بالبيع ، وباقى المسألة بحالها ، لا تقبل شهادة التسع ؛ لأنهم يشهدون لأنفسهم ؛ لأنهم يريدون إثبات لزوم البيع فى نصيبهم ، أما فى الفصل الأول لايشهدون لأنفسهم .

١٥٠٠٨- وفى "فتاوى النسفى" : سئل عن وكيل مجلس القضاء إذا ادّعى بحضرة المدعى الذى وكّله على آخر أن لهذا المدعى على هذا كذا ، فأجاب المدعى عليه أنه قد قضاه ذلك ، فأنكر المدعى ، فشهد هذا الوكيل مع رجل آخر على القضاء ، لاتقبل شهادة هذا الوكيل ؛ لأنه هو الذى ادعى عليه هذا المال فى الحال ، وذلك يمنع عن الشهادة

بالقضاء، فقيل له : أليس ثبت عن أصحابنا أن من ادّعى على آخر مالا قد أقرضه، فشهد له شاهد أنه أقرضه، وشهد آخر أنه أقرضه، ثم قضاه ثبت القرض، ولم يثبت القضاء، ولم تصر شهادته بالقضاء مبطلة شهادته بالإقراض؟ قال : هناك شهد بالإقراض وشهد بالقضاء مرتبًا عليه، والقضاء مرتبًا على الإقراض يقرر الإقراض، ولا ينافيه، أما ههنا شهد بقيام الدين عليه للحال، وقيام الدين عليه ينافى القضاء قبله، فصار دعوى قيام الدين عليه للحال من هذا الوجه مبطلا شهادته بالقضاء قبل هذا.

١٥٠٠٩- رجلان باعا عبدًا من رجل، ثم إن البائعين شهدا أن المشترى أعتق هذا العبد، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما بهذه الشهادة يخرجان أنفسهما عن العُهدة، فإن المشترى إذا أعتق العبد المشترى، ثم اطلع على عيب به قد كان عند البائع، لا يمكنه الرد على البائع.

١٥٠١٠- شهادة أهل القرية بعضهم على البعض بزيادة الخراج على ضيعة المشهود عليه لا تقبل؛ لأن الشاهد بهذه الشهادة يريد إثبات نقصان خراجه، حتى لو شهد من لا خراج عليه، تقبل شهادته، وكذلك إذا كان لكل ضيعة خراج على حدة، فشهد بعضهم على البعض بزيادة الخراج، تقبل شهادهم؛ لأن الشاهد بهذه الشهادة لا يثبت نقصان خراجه.

١٥٠١١- ولو أن أهل قرية شهدوا على بعض ضياع بجوار قريتهم أنه من ضياع قريتهم لايجوز؛ لأنهم يريدون إثبات نقصان خراج ضيعتهم، ويجب أن يكون الجواب فى هذا الفصل على هذا التفصيل الذى ذكرنا فى الفصل الأول.

١٥٠١٢- وإذا شهد أهل السكة بشىء من مصالح السكة، إن كانت السكة غير نافذة لا تقبل شهادتهم، وإن كانت نافذة قبلت شهادتهم؛ لأن السكة إذا كانت غير نافذة، فهى كالمملوكة لأهل السكة، فهذه الشهادة راجعة إلى مصلحة أملاكهم، وإن كانت نافذة، فهى حق العامة، والشهادة على حق العامة مقبولة.

١٥٠١٣- وإذا شهدا أن فلانًا غصب من أب هذا المدعى هذه القرية، وهذه القرية فى يد غير الغاصب، والغاصب غائب أو ميت، فهذه الشهادة ليست بشىء، حتى يشهدا أنها وصلت إلى هذا المدعى عليه من قبل الغاصب، أو يشهد بذلك غيرهما.

١٥٠١٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : رجل شهد عليه شاهدان أنه باع هذه الدار من هذا الرجل بألف درهم على أنهما ضمنا للمشترى الدرك ، يعنى الشاهدين ، قال : إذا كان الضمان فى أصل البيع لا تقبل شهادتهما ؛ لأن البيع لايتم إلا بضمانهما ، فكأنهما شهدا على فعلما ، وإن لم يكن الضمان فى أصل البيع ، جازت شهادتهما ؛ لأن البيع تامّ بدون ضمانهما .

١٥٠١٥- وفى "المنتقى" : ادعى رجل دارًا فى يدى رجل أنها له اشتراها من فلان ، وقبضها فشهد له شاهدان بذلك ، إلا أنهما لم يسميا ثمنًا ، فإنى أسألهما قبضها بأمره ، أو بغير أمره ، فإن قالا : لا تزيد على هذا لا تقبل شهادتهما ، وإنما وجب السؤال عن الشهود أنه قبضها بأمره ، أو بغير أمره ؛ لأنه تعذر القضاء بالشراء بثمن معلوم ؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك ، فلا بدّ من أن يقضى بالشراء بغير ثمن ، والشراء بغير ثمن شراء فاسد ، والشراء الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ، والقبض بغير إذن البائع فى البيع الفاسد ليس بصحيح ، فلهذا وجب السؤال عن الشهود أنه قبضها بأمره ، أو بغيره .

وإذا قالا : لا تزيد على هذا إنما لا تقبل شهادتهما ؛ لأنهما لم يشهدا بما هو سبب الملك لما لم يشهدا بإذن البائع بالقبض ، وإن ماتا قبل أن يسألهما ، فهذا عندنا على أنه قبضها بإذن البائع ، وأمره ؛ لأن الظاهر أنه إنما يتمكن من قبضها بتسليم البائع لو لا ذلك لتعذر عليه القبض ؛ لأن البائع يمنعه عن ذلك ، وليس له ولاية إبطال يده حسًّا ؛ لأن الواجد يقاوم الواحد ، وليس له ولاية القبض شرعًا حتى يقدر على قبضها بقوة القاضى ، والناس والبناء على الظاهر واجب ، حتى يقوم الدليل على خلافه .

قال : ولا أتعرض له فى الثمن ، يعنى لا أقف التسليم على قبض الثمن من المشترى ؛ لأنه لا خصومة للحاضر المدعى عليه فى الثمن ؛ لأن القبض حصل بأمر البائع والقبض ، متى كان بأمر البائع لا يتمكن من الاسترداد لأخذ الثمن ، فلايتوقف القبض ههنا على أخذ الثمن .

وكذلك لو أن الشاهدين قالا من الابتداء أنه قبضا بأمر البائع ؛ لأن هذا الشراء فاسدًا لما لم يشهدا بالثمن ، والشراء الفاسد يفيد الملك عند القبض ، وإن لم يسم الشاهدان الثمن ، ولا قبض المدعى الدار ، فالقاضى لا يقضى للمدعى ؛ لأنه تعذر

القضاء بالعقد؛ لأنه فاسد، ولايجوز القضاء بالعقد الفاسد، وتعذر القضاء بالملك؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض.

١٥٠١٦- وفى "الأقضية" قال محمد: ولو أن رجلا ادعى داراً فى يدى رجل أنها داره اشتراها من فلان، وهو يملكها بألف درهم، فشهدا الشهود له بذلك، إلا أنهم لم يقولوا: إنه قبضها بأمره، قال: فإنى لا أخذ الدار من صاحب اليد، ولا أدفعها إليه، يعنى إلى المدعى حتى أخذ الثمن منه، وأدفعه إليه، يعنى إلى صاحب اليد، ثم أدفع الدار إليه.

وقد روى عنه رجوعه عن هذا القول، وقال: يؤخذ الدار من يده، ولا تدفع إلى المدعى حتى يؤخذ الثمن من يده، فقد أشار إلى سماع دعوى المدعى فى هذه المسألة، وذكر فى "المنتقى": أنه لا يصح هذا الدعوى منه أصلا حتى ينقد الثمن عند القاضى، ووجه ذلك أن صحة الدعوى فى هذه الصورة تعتمد نقد الثمن، وهذا لأن المرافعة إلى القاضى غير محتاج إليها لإثبات الملك فى الدين؛ لأن الملك لا يثبت بقضاء القاضى، وإنما يثبت بسببه، فإذا وجد سبب الملك يثبت الملك وجد القضاء أو لم يوجد، وإنما يحتاج إلى المرافعة ليقضى القاضى يد المدعى عليه بولاية القضاء، فإنما يصح الدعوى إذا كان له ولاية مطالبة القاضى بقصر المدعى عليه، وقيل: نقد الثمن ليس للمشترى ولاية مطالبة القاضى بقصر يد المدعى عليه، ولايكون ولاية دعوى الملك.

وجه ما ذكر فى "الأقضية": أن المدعى ادعى على ذى اليد حقّا لنفسه، ولايمكنه إثبات ذلك الحق إلا بإثبات أمر على الغائب، وهو الشراء منه؛ لأنه ادعى الملك بسبب الشراء منه، فانتصب ذو اليد خصمًا عن الغائب، وكأنه حضر، وأنكر الشراء، ولو كان كذلك سمع دعوى المدعى، كذا ههنا، وإذا سمع دعواه، وقبلت بينته، لا تدفع الدار إليه حتى ينقد الثمن، كما لو كان حاضراً، وقضى عليه بالشراء لا يدفع الدار إلى المدعى قبل نقد الثمن، كذا ههنا، إلا أن على القول المرجوع إليه يقول: لما صحّ القضاء عليه بالملك ظهر أنه مبطل فى إمساك المدعى به ظالم فى منعه، فيخرجه القاضى عن يده إزالة لظلمه، ثم إذا أخرجه من يده لا يدفعه إلى المدعى قبل نقد الثمن، إذ ليس للمشترى ولاية أخذ المبيع قبل نقد الثمن.

فإن حضر الذى ادّعى المدعى الشراء منه، وأنكر أن يكون باعه إياه، أخذ القاضى الدار من المدعى، وسلمها إلى الذى حضر؛ لأن الذى حضر، لم يصر مقضيّا عليه بالشراء؛ لأن صاحب اليد لم ينتصب خصمًا عنه فى إثبات الشراء عليه، وهذا لأن القضاء عليه لا بد له من الدعوى والإنكار، وذو اليد لا يمكن أن يجعل منكراً بطريق الأصالة؛ لأن الأصيل فى الإنكار من لا يتعدّى ضرر إنكاره إلى غيره، وضرر إنكار صاحب اليد ههنا يتعدى إلى الغائب بإثبات البيع عليه، ولا يمكن أن يجعل ذواليد نائبًا عن الغائب فى الإنكار؛ لأن الحاضر إنما يجعل نائبًا عن الغائب فى الإنكار إذا جرى بينهما سبب له اتصال بما وقع فيه الدعوى، ولم يجر بين الغائب وذى اليد ههنا سبب، حتى يقام إنكاره مقام إنكار الغائب، فظهر أن البينة على البيع قامت على غير خصم.

١٥٠١٧- فرق بين هذا وبينما إذا شهد شاهدان على رجل بمال فطعن المشهود عليه أنهما عبدان لفلان، وادعى الشاهدان أن فلانًا أعتقهما، وأقاما البينة، قبلت بينتهما، وقضى بعتقهما على الغائب، ولم يجر بين المشهود عليه وبين الغائب سبب حتى يقام إنكاره مقام إنكار الغائب، ومع هذا قضى بعتقهما، وظهر ذلك فى حق الغائب حتى لو حضر الغائب، لا يحتاج إلى إعادة البينة.

والفرق: أن فى مسألة العتق المشهود عليه أصيل فى إنكار العتق، وليس بنائب عن المولى؛ لأن دعوى العتق على المولى دعوى على كافة الناس، ألا ترى أن كل واحد من آحاد الناس يصير مقضيّا عليه العتق بالقضاء على واحد من الناس، فكان دعوى العتق على المولى دعوى العتق على المشهود عليه من حيث الاعتبار على السواء، أما دعوى الملك على ذى اليد دعوى عليه خاصة، ألا ترى أن غير ذى اليد لا يصير مقضيّا عليه بالقضاء على ذى اليد فى الملك المطلق، وإنما يتعدى القضاء من ذى اليد إلى الغائب إذا كان ذو اليد نائبًا عن الغائب، وإنما تثبت النيابة إذا جرى بينهما سبب، ولم يجر بينهما سبب ههنا، فلم يصر الغائب مقضيّا عليه، فكان للذى حضر أن يأخذها من يد المدعى لإقراره له بذلك.

١٥٠١٨- وقد ذكر فى "الجامع" وفى "الأصل": ما يدل على أن الغائب يصير مقضيّا عليه فى مسألتنا، حتى لا يكون له أن يأخذ الدار من يد المدعى، فقد ذكرنا فى

الجامع: رجل في يديه دار، ادعاها رجل أنها له اشتراها من عبد الله بألف درهم، ونقده الثمن، وقال ذو اليد: أودعنيها عبد الله، فإنه يندفع عن الخصومة، ولكن للمدعى أن يحلفه بالله قد أودعك عبد الله، فإن قال حين حلف: ما أودعنيها عبد الله، ولكن غصبتها منه، وحلف على ذلك، فإن القاضي لا يلتفت إلى مقالته للتناقض بين كلاميه، ويجعل خصمًا، ويقضي بالدار للمدعى على ذي اليد، فإن قضى بذلك، ثم قدم عبد الله، فادعى أن الدار داره أودعها من ذي اليد، وأراد أن يأخذها من المدعى، حتى يعيد المدعى البينة عليه ليس له ذلك؛ لأن القاضي لما جعل ذو اليد خصمًا، أنزله منكرًا حكمًا، وقضى بالشراء عليه انتصب خصمًا عن الغائب، فصار كما لو أقام البينة عليه حقيقة، فنفذ قضاء القاضي عليه[1]، فكذا ههنا ذو اليد خصم له حتى سمعت البية عليه، وقضى بالملك، والبيع عليه، فانتصب خصمًا عن الغائب ضرورة، وصار كما لو أقيم البينة عليه حقيقة.

وهكذا ذكر في دعوى الأصل، إلا أن ثمّة وضع المسألة فيما إذا شهدوا بقبض الثمن، وذلك يصير رواية فيما إذا لم يشهدوا بقبض الثمن، إذ المعنى يجمعهما، فإن كان في المسألة اختلاف الروايتين، فوجهه ما ذكرنا.

وإن كان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، بأن موضوع مسألة "الجامع": أن الشهود شهدوا بقبض الثمن، وموضوع مسألة "الأقضية": أن الشهود لم يشهدوا بقبض الثمن، فوجه الفرق أن البيع قبل قبض المبيع، وتسليم الثمن قائم حكما لبقاء أحكامه، فلا بد من القضاء، وذو اليد لا يصلح خصمًا في العقد عن الغائب؛ لما قلنا، فتعذر القضاء بالبيع، فلا يقضى به، فأما بعد قبض الثمن، وتسليم المبيع البيع قد انتهى نهايته، فكان دعوى هذا الملك فحسب، وذو اليد خصم فيه، فصح القضاء عليه بالملك من كل وجه، ومن ضرورته صيرورة الغائب مقضيًا عليه؛ لأن المدعى يدعى الملك من جهته.

١٥٠١٩- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل تزوج امرأة على مهر مسمى، ثم إن هذا الرجل شهد مع رجل آخر أنها أمة هذا الرجل، والرجل يدعيها،

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في ظ وم: فنفذ القضاء عليه.

فهذه المسألة على وجهين : إما أن يقول المدعى : أمرتها بالتزوج ، أو يقول : لم أمرها بالتزوج ، فإن قال : لم أمرها بالتزوّج ، فالقاضى لا يقبل شهادة الزوج ، أما إذا لم يكن دخل بها فلأنه يشهد ببطلان نكاحها ، وأن لا مهر لها عليه إن لم يدفع إليها المهر ، وبثبوت الرجوع لنفسه عليها إن دفع إليها المهر .

وأما إذا دخل بها فلأنه يريد تحويل ما وجب عليه لها بحكم الدخول إلى غيرها ، وهو المولى إن لم يكن دفع إليها ذلك ، وإن كان دفع إليها ذلك ، فلأنه يثبت لنفسه حق الرجوع عليها بعد العتق بما قبضت .

وإن قال : أمرتها بالتزوّج ، لا تقبل شهادة الزوج أيضًا ، وإن كان الرجل المشهود له ، قال : قد كنت أمرتها بالتزوّج ، وأذنت لها فى قبض المهر ، فإن كان الزوج لم يدفع إليها المهر ، لا تقبل شهادته ، وإن كان الزوج قد دفع المهر إليها قبلت شهادتهما ؛ لأنه إذا ثبت الإذن لها بقبض المهر ، فقد برئ الزوج عن المهر بالدفع إليها ، ولم يبقَ لها عليه شىء حتى يحوّله إلى غيرها ، ولا يثبت لنفسه حق الرجوع عليها أيضًا ؛ لأنه استفاد البراءة ، والمولى لا يرجع عليه ، حتى يرجع هو عليها بما دفع عليها .

قالوا : وهذا إذا كان تزوجها على مهر مثلها ، أو أكثر ، فإن حطت عن مهر مثلها بما لايتغابن الناس فيه ، كانت مخالفة لأمره ، ولا يصح النكاح ، فينبغى أن لاتقبل الشهادة ؛ لأنه بهذه الشهادة يريد إبطال عقد باشره ، وإسقاط المهر عن نفسه إن لم يدخل بها ، وتحويل ما وجب عليه بحكم الدخول لها إلى غيرها إن لم يكن دفع المهر إليها ، وإثبات حق الرجوع لنفسه بما دفع إليها إن كان دفع المهر إليها .

ثم هذا الذى ذكرنا يحتمل أنه قول أبى يوسف ومحمد ، لا قول أبى حنيفة بناءً على مسألة الوكيل بالنكاح ، فإن الوكيل بالنكاح عند أبى حنيفة يملك النكاح بأى مهر شاء ، وعندهما يتقيد الوكيل[1] بمهر المثل ، وإن كان هذا قول الكل ، يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين أمر المولى عبده ، أو أمته بالتزوج وبين أمره أجنبيًا .

والفرق أن عند أبى حنيفة تصرّف المأمور بغبن فاحش إنما ينفذ على الآمر إذا انتفت التهمة ، أما إذا لم تنتف التهمة فلا ، ألا ترى أن الوكيل بالشراء لا يتحمل منه

---

(١) وفى الأصل : التوكيل .

الغبن الفاحش لما كان متّهمًا .

إذا ثبت هذا فنقول : التهمة فى حق الوكيل بالنكاح منتفية لأنه لا يرجع إليه شىء من منافع العقد ؛ ليتحمل الغبن لتحصيل منفعة تعود إليه ، أما العبد والأمة فهما متهمان فى حق أنفسهما ؛ لأن منافع النكاح تعود إليهما ، فلعل أنهما تحملا الغبن لتحصيل نفع يعود إليهما ، فلا يصح نكاح كل واحد منهما على هذا الوجه .

١٥٠٢٠- وفى "المنتقى" : رجل شهد مع آخر على امرأته أنها أقرت أنها أمة هذا المدعى ، وهى مجهولة النسب ، والزوج يصدّقها فى إقرارها ، أو يكذبها ، وقد دخل بها أو لم يدخل بها ، والمدعى يجيز النكاح ، أو يقول : لا أجيزه ، فإن الشهادة فى جميع ذلك جائزة كان الزوج نقد المهر ، أو لم ينقد ، وليس للمولى أن يفرق بينهما ، إلا إذا صدّق الزوج المرأة فى إقرارها ، فله أن ينقض النكاح فى هذا الوجه ، وله فى هذا الوجه أن يضمن الزوج إن كان قد دخل بها ، ولايرجع على المرأة بما أعطاها .

١٥٠٢١- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : فى عبد مأذون له فى التجارة عليه دين شهد رجلان من غرماء العبد أن مولاه أعتقه ، والمولى ينكر ، فالمسألة على وجهين : إما أن يختار الشاهدان اتباع المولى بتضمينهما القيمة إياه ، أو يختاران استسعاء العبد ، وهذا لأن قبل الإعتاق للغرماء حق بيع العبد فى ديونهم ، أو حق استسعاء العبد ، والمولى بالإعتاق أبطل محلية أحد الحقين ، وهو البيع دون الاستسعاء ، فإن شاء ضمنا المولى لإتلافه محلية أخذ حقهم ، وإن شاء استسعيا العبد ؛ لبقاء محلية الاستسعاء ، فإن اختارا التضمين لا تقبل شهادتهما ؛ لأنهما شاهدان لأنفسهما بإثبات حق التضمين ، فلا تقبل شهادتهما ، فإذا أبرأه[1] عن القيمة ، واختارا اتباع العبد المعتق بدينهما ، قبلت شهادتهما ؛ لأن التهمة منتفية ، فإنهما لايستفيدان بهذه الشهادة ما لم يكن لهما قبل ذلك ، فإن حق الاستسعاء قبل ذلك ثابت لهما ، كما هو ثابت بعد الإعتاق ، فقبلت شهادتهما .

١٥٠٢٢- قال : ولو شهد رجلان أن هذا أعتق عبده ، فجنى العبد على أحدهما بفقء عينه ، والمولى ينكر الإعتاق ، فلا شىء للمجنى عليه ، ولا تقبل شهادتهما ، أما

(١) وفى الأصل : فإذا أنزله .

لاتقبل هذه الشهادة؛ لأن المجنى عليه يريد إلزام القصاص عليه بهذه الشهادة؛ لأن قبل العتق كان لايجرى القصاص؛ لأن القصاص لا يجرى [بين الحر فى الطرف][1] فى أطراف العبيد؛ لأنه يسلك بها مسلك الأموال، والقصاص لايجرى فى الأموال، فكان شاهدًا لنفسه من حيث إثبات القصاص لنفسه، فلاتقبل شهادته، فلا يثبت العتق، ولا شىء للمجنى عليه.

وإن كانت جناية العبد فيما دون النفس موجبًا للمال على مولاه، حتى خوطب بالدفع، أو الفداء، أو قد أمر المولى بلزوم هذا الحق على نفسه، ولكن لم يثبت حكم إقراره؛ لتكذيب المجنى عليه إياه؛ لأنه زعم أن الجانى حر، وأن عليه القصاص، ولا شىء على المولى بسبب هذ الجناية، والمقر له إذا كذب المقر لايبقى لإقراره عبرة، فما ادعاه لم يثبت لعدم الحجة، وما أقر به المولى لم يثبت، لتكذيب المجنى عليه، فلهذا لا شىء عليه.

١٥٠٢٣- وفى "نوادر ابن سماعة": قال: قلت لمحمد: أرأيت شركاء فى أرض اقتسموها، فصار فى يد كل واحد منهم حق معلوم، فادّعى رجل من غير أهل هذه الأرض قطعة منها وقعت فى نصيب واحد منهم، فشهد أهل المقاسمة أن الذى وقعت تلك الأرض فى يده أقر بهذه الأرض للمدعى، قال: الشهادة باطلة؛ لأنه يجر بها إلى نفسه مغنمًا، أو يدفع عن نفسه مغرمًا؛ لأنه يريد بهذه الشهادة سدّ طريق الرد عليه بأسباب الرد، والفسخ كالعيب ونحوه، وصار هذا كرجل باع من آخر جارية بثمن معلوم، وتقابضا، فادّعى الجارية رجل، فشهد البائع مع آخر أن المشترى أقر أن هذه الجارية لفلان المدعى هذا، لا تقبل شهادة البائع؛ لأنه متهم فى هذه الشهادة؛ لأنه يريد بشهادته أن ينسد طريق الرد عليه حتى لا يملك ردها، فإن وجد عيبًا بها كذا هذا.

وإنما قلنا: إنه ينسدّ عليه طريق الرد؛ لأن الإقرار حجة على المقرّ خاصة دون من سواه، ففى حق البائع فى المسألة الثانية وشركاءه فى المقاسمة فى المسألة الأولى كان ملكها من المدعى بسبب مبتدأ، ولو كان كذلك لكان لا يقدر على الرد بالعيب، ولا الرجوع بنقصان العيب، ؛ لأن ذلك الملك الذى استفاده بالبيع قد زال، فثبت أنه يجر

(١) هكذا فى الأصل وم.

بشهادته مغنمًا أو يدفع عن نفسه مغرمًا، فلا تقبل شهادته.

قال ابن سماعة قلت لمحمد: إن ادّعى جار لهم حقًا في يد الأقصى، فشهد شركاء المدعى عليه أن هذا أحدهم الذين اقتسموا عليه، وأن ما وراءه للمدعى، والمدعى يدعيه، أو قالوا: نشهد أن هذا الأرض للمدعى، والمدعى يدعيه، والمدعى عليه ينكر ذلك، ويقول: إنما شهدوا به عليّ لينقصوا من حقى، فإن الشهادة جائزة؛ لأنه لا تهمة، إذ ليس فيه جرّ منفعة، ولا دفع مضرة بوجه ما، وكذلك ليس فيها سعى إلى نقض ما تم بهم؛ لأنهم يقولون: إن المشهود به مما لم يدخل تحت القسمة، وأن ما قاسموه عليه وراء ذلك، فهم عدول شهدوا لغيرهم، ولا تهمة في شهادتهم، فقبلت شهادتهم.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال: في خمسة نفر بينهم دار وطعام، فشهد أربعة منهم للخامس أن فلانًا غصبه حصته من الدار والطعام، وذلك غير مقسوم، فالشهادة باطلة؛ لأنهم يجرّون إلى أنفسهم بذلك منفعة؛ لأنهم يريدون قطع ولاية طلب شريكهم القسمة فيه، وفي ذلك منفعة لهم.

بيانه: أنه إلى الآن كان للمشهود عليه أن يأخذهم بالمقاسمة، ولو كان ثبت غصب الغاصب، تعذرت القيمة معه، حتى يستخلصه من الغاصب؛ لأن القسمة نوع بيع، وأنه لايجوز في المغصوب؛ ولأنه يريد أن يشاركهم فيما في أيديهم من غير أن يكون لهم مما في يده شيء، وأنه خلاف طريق المعادلة، فلايجوز، وهذه المسألة دليل على أن غصب المشاع متصور، بخلاف ما يقوله بعض المشايخ.

قال ابن سماعة: سمعت محمدًا قال في قولهم: لهم أرضون على أنهر بينهم، فباع رجل أرضه في أسفل الشرب بحقوقها وشربها، فشهد هذا البائع لبعض أهل النهر بزيادة في شرب بينهم، وبين أهل أسفل الشرب أنه لا تجوز شهادته؛ لأنه لما ذكر الشرب في البيع صار مبيعًا، حتى قابله الثمن، نص عليه في كتاب الشرب، فإنه ذكر فيه إذا شهد شاهدان على أنه باع منه هذه الأرض بألف درهم، وذكر أحدهما بشربها، ولم يذكر الآخر، لا تجوز هذه الشهادة؛ لأنهما اختلفا في الثمن من حيث الحقيقة؛ لأن من شهد أنه باعها بشربها، فقد شهد أن بعض الألف بمقابلة الشرب، والباقي بالأرض،

والآخر يشهد أن جميع الألف بمقابلة الأرض، والاختلاف بين[1] الشاهدين في الثمن يمنع قبول شهادتهما على البيع، فيثبت أن الشرب مبيع، فإذا شهد بزيادة شرب لهم فقد شهد لنفسه بشيء من ذلك أولا، ثم لمشتريه بحكم الشراء منه، فلا تقبل شهادته.

١٥٠٢٤- ولا تقبل شهادة الصبيان على الجراحات وتمزيق الثياب بينهم في الملاعب، وكذلك شهادة النساء على الجراحات في الحمامات لا تقبل، وكذلك أهل السجن إذا ادّعى بعضهم على البعض فيما وقع بينهم في السجن لا تقبل.

١٥٠٢٥- رجل في يده شاة مرّ به رجل، فقال الذي في يديه الشاة للمارّ: إذبح هذه الشاة فذبحها، ثم جاء رجل وادعى أنها شاته اغتصبها منه الذي كانت في يديه، وأقام على ذلك شاهدين، أحدهما الذابح، لم تجز شهادة الذابح، علّل فقال: لأنه دافع عن نفسه مغرمًا طعن عيسى في هذا، وقال: يجب أن تقبل شهادته؛ لأنه جر إلى نفسه مغرمًا لما استحقها المدعى، ظهر أن الآمر كان غاصبًا، وأن الذابح ذبح شاة الغير بغير إذن ذلك الغير، وذبح شاة الغير بغير إذنه سبب للضمان، فعلم أنه جارّ إلى نفسه مغرمًا.

والجواب: لا، بل هو دافع مغرم عن نفسه بهذه الشهادة؛ لأنها لو لم تقبل شهادته يجب الضمان عليه خاصة؛ لأنه يجب بحكم إقراره أن الملك للمدعى، وأن الآمر كان غاصبًا، وإقراره حجة في حقه، وليس بحجة في حق غيره، وإذا قبلنا الشهادة يظهر ملك المدعى، وكون الآمر غاصبًا في حق الكل، ويتخير المدعى بين تضمين الآمر وبين تضمين الذابح، وإذا ضمن الذابح كان له الرجوع على الآمر، فكان دافع مغرم من هذا الوجه، فلهذا لا تقبل شهادته.

١٥٠٢٦- وإذا شهد الوصي بالدين، إن شهد بالدين للميت على غيره لا تقبل؛ لأنه يثبت لنفسه حق القبض والاستيفاء، فيصير شاهدًا لنفسه، وإن شهد على الميت بالدين تقبل؛ لأنه يطالب به، ويصير شاهدًا على نفسه لا لنفسه، فتقبل، قال: إلا أن يكون قضاء الدين أولا من التركة، ثم شهد بعد ذلك، فحينئذٍ لا تقبل الشهادة؛ لأنه يقصد به إسقاط الضمان عن نفسه، فيكون شاهدًا لنفسه، وإن شهد لبعض ورثة الميت على الميت، أو على أجنبي، أو على بعض الورثة بدَين، فإن كان المشهود له صغيرًا لا

(١) وفي الأصل وم: من.

تقبل ؛ لأنه يثبت حق القبض والاستيفاء لنفسه ، فيصير شاهداً لنفسه ، وإن كان المشهود له كبيراً ، ذكر شمس الأئمة السرخسي : أن الشهادة مقبولة ، ولم يذكر فيه خلافًا ، وذكر شيخ الإسلام أن على قول أبى حنيفة : لاتقبل ، وعلى قولهما : تقبل ، وأحال المسألة إلى كتاب الوصايا .

الفصل الثامن
فى الشهادات فى المواريث

١٥٠٢٧- قال محمد فى "الزيادات": وإذا شهد شاهدان عند القاضى أن هذا الرجل وارث هذا الميت، لا وارث له غيره، ولم يخبرا بسبب الميراث، ثم إنهما ماتا، أو غابا قبل أن يسألهما القاضى عن السبب، فالقاضى لا يقضى بشهادتهما؛ لأنهما شهدا بالمجهول؛ لأن الوارث مجهول غاية الجهل؛ لأن أسباب الإرث كثيرة، وأحكامها مختلفة، فكانت الجهالة متفاحشة لا يمكن تداركها، فيعجز القاضى عن القضاء؛ لأنه لا يدرى بأى سبب يقضى، ألا ترى أنه لو جاء آخر، وادعى أنه ابن الميت أو أبوه، فالقاضى لا يدرى أنه يشاركه فى الميراث أو لايشاركه، وكيف يشاركه.

وهذا بخلاف ما لو شهدا بالدين، أو بملك العين، فإنه تقبل شهادتهما، وإن لم يبينا سبب ذلك؛ لأن الدين لا يختلف باختلاف سببه، وكذلك ملك العين لايختلف باختلاف سببه، فلا يكون المشهود به مجهولا، بخلاف الإرث؛ لأنه يحتلف باختلاف أسبابه، فلا بد من بيان السبب، فإن قالا: هو ابنه ووارثه، لانعلم له وارثًا آخر، صار المشهود به معلومًا للقاضى، فيقضى بشهادتهما، فقد شرط مع بيان السبب أن يقولا: ووارثه لا نعلم له وارثًا آخر، ولا شك أن قولهما: وارثه شرط فيمن يحتمل الحجب والسقوط بحال.

فأما من لم يحتمل الحجب والسقوط بحال، نحو الأب والأم والابن والبنت هل هو شرط؟ اختلف المشايخ فيه، وإشارات محمد فى الكتاب متعارضة، فوجه قول من قال: إنه شرط أن هؤلاء قد لا يرثون بعارض القتل والكفر والرق، ولأنهم قد يكونون بجهة الرضاع، فيشترط ذكره ليزول الاحتمال.

وجه قول من قال: إنه ليس بشرط وهو الصحيح، أن هذه العوارض ليست بظاهرة، فلا يلتفت إليها، والنسبة المطلقة بهذه الأسامى بجهة الرضاع غير ثابتة عادة، فلا يورث شبهة، وقول الشاهد: لا نعلم له وارثًا آخر ليس من صلب الشهادة، وإنما هو

لإسقاط مؤنة التلوّم عن القاضى، فإن بدونه يُتلوّم القاضى زمانًا.

ولو شهدوا أنه عم الميت، لا بد وأن ينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ليعلم أنه عمه، وينسبا مع ذلك أن عمه لأبيه وأمه، أو لأبيه أو لأمه، حتى إذا جاء آخر وادعى ميراث الميت يعلم أن الأول حاجب للثانى، أو ليس بحاجب له، وبعد أن لا يكون حاجبا له فى أى قدر يشاركه الثانى، وينبغى أن يبينا مع ذلك أنه وارثه لا نعلم له وارثًا غيره؛ لأن العم يحتمل الحجب والسقوط بغيره.

والذى ذكرنا من الجواب فيما إذا شهدوا أن عم الميت، فهو الجواب فيما إذا شهدوا أنه ابن عمّ الميت، وكذلك إذا شهدوا أنه أخ الميت لا بد وأن يبينّا أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه؛ لأن الأخوّة فى نفسها مختلفة، قد تتعلق بها العصوبة، وهو ما إذا كانت لأب وأم، أو لأب، وقد تتعلق بها الفرضية، وهو ما إذا كانت لأم، وأحكامها فى الحجب مختلفة، فلا بد من بيان ذلك ليصير المشهود به معلومًا للقاضى، ويشترط مع ذلك أن يقولا: ووارثه لا نعلم له وارثًا غيره؛ لما قلنا فى العم.

ولو شهدا أنه مولاه ووارثه، لا يقبل القاضى هذه الشهادة، حتى يشهدا أنه مولاه أعتقه؛ لأن المولى اسم مشترك يتناول الأعلى، وهو المعتِق، ويتناول الأسفل وهو المعتَق، ومن الناس من يورث الأسفل، وعندنا لا ميراث للأسفل، ولعل الشاهدَين أرادا الأسفل، فلو قضى القاضى بهذه الشهادة قبل البيان، يقع القضاء لغير الوارث، وأنه لا يجوز.

ولو شهدا أن هذا ابن ابن الميت، أو هذه بنت ابن الميت، لا بد وأن يقولا: وهو وارثه؛ لأنهما يسقطان بحال، فلا بد منه لينقطع الاحتمال.

ولو شهدا أنه جد الميت، لا بد وأن يبيّنا أنه جده من قبل الأب، أو من قبل الأم؛ لأن كل واحد منهما جدّ على الحقيقة، وأحدهما صحيح والآخر فاسد، وبينّا مع ذلك أن وارثه؛ لأنه يحتمل السقوط والحجب بغيره.

وكذلك إذا شهدوا أنها جدته، لا بدّ وأن يبينا أنها أم أم الميت أو أم أب الميت؛ لأن الجدة قد تكون صحيحة، وقد تكون فاسدة، وبينّا مع ذلك أنها وارثة؛ لما قلنا: فى الجد.

ولو شهدا أنه جده أب أبيه ووارثه، لا نعلم له وارثًا سواه، وقضى القاضى بذلك، ثم جاء رجل، وادعى أنه أب الميت، وأقام على ذلك بينة، قضى القاضى به؛ لأنه لا تنافى بين كون الأول جدّا للميت وبين كون الثانى أبًا له، ويجعل الميراث للأب، وينقض القضاء بالمال للجد لوقوعه خطأ، إذ الجد محجوب بالأب، ويجعل الجد أبا لهذا الذى ادعى الأبوة، فإن قال الأب للقاضى: إن هذا الذى أقام البينة أنه جد الميت ليس بأب لى، فمره بإعادة البينة، فالقاضى لا يكلفه ذلك؛ لأن نسب الجد ثابت بقضاء القاضى بالبينة القائمة على النسب عند وجود شرطها، وهو دعوى الميراث، ولم يوجد ما يوجب النقض فى حق النسب، فبقى نسبه كما كان.

فإن قيل: القضاء بالنسب يثبت فى ضمن القضاء بالوراثة، وقد تبين بطلان القضاء بالوراثة، فتبين بطلان القضاء بالنسب أيضًا.

قلنا: القضاء بالوراثة لم يبطل، وإنما يبطل القضاء بدفع المال إليه، وهذا لأن الجد وارث مع الأب لوجود سبب الوراثة فى حقه، إلا أن الأب أقرب، والميراث يُدفع إلى أقرب الوارثين مع كون الأبعد وارثًا، فإنما يبطل القضاء بدفع المال، أما لايبطل القضاء بالوراثة، وإذا لم يبطل القضاء بالوراثة، كيف يبطل ما ثبت فى ضمنه من القضاء بالنسب؟ نظيره الجار مع الشريك، فالشريك مقدم على الجار، وإنما اجتمعا عند القاضى، فالقاضى يقضى بالشفعة للشريك مع كون الجار شفيعًا فى نفسه، حتى لو أسلم الجار الشفعة، يصح تسليمه، كذا ههنا.

واستشهد فى الكتاب لإيضاح ما قلنا بمسألة: فقال: ألا ترى أن الأول لو أقام البينة أنه أخ الميت لأب وأم، وقضى القاضى بذلك، وجعل الميراث له؛ ثم جاء آخر، وأقام البينة أنه ابن الميت جعل القاضى الميراث للابن، ويجعل الأول عمّا لهذا الابن، فإن قال الابن: إنه ليس بعمى، فمره بإعادة البينة، لا يكلف القاضى ذلك، والمعنى ما ذكرنا، وكتاب القاضى إلى القاضى فى نقل الشهادة فى هذا الباب مقبول؛ لأنه يثبت مع الشبهات.

١٥٠٢٨- وإذا مات الرجل، فأقام رجل البينة أنه فلان ابن فلان الفلانى، وأن الميت فلان ابن فلان الفلانى حتى التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة، وهو عصبة الميت

ووارثه، لا نعلم له وارثًا غيره، قضى له بالميراث؛ لأنه أثبت بالبينة أنه ابن عمّ الميت؛ لأبيه وأمه، أو لأبيه؛ لأنهما التقيا إلى أب واحد، وإنما يلتقيان إلى أب واحد إذا كان المدعى ابن عم الميت لأبيه وأمه أو لأبيه، وقد شهدوا أن وارثه لا نعلم له وارثًا غيره، فوجب القضاء به بالميراث، فإن جاء آخر بعد ذلك، وأقام بينة أنه عصبة الميت، فإن أثبت الثانى مثل ما أثبته الأول، بأن أثبت أنه فلان ابن فلان الفلانى، والميت فلان ابن فلان الفلانى، حتى التقيا إلى أب واحد، قبلت بينة الثانى إذا التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة.

وإن كانا من قبيلتين، بأن ادعى الأول أنه من العرب، وادعى الثانى أنه من العجم، لاتقبل بينة الثانى؛ لأن العمل بالبينتين متعذر، إذ يستحيل أن يكون للرجل ابن عم من قبيلتين، فرجحت البينة الأولى بالقضاء.

وإن أثبت الثانى نسبًا أبعد عن الأول، بأن أثبت الثانى أنه ابن ابن عمه، فالقاضى لايلتفت إلىّ بينته، التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة أو من قبيلتين؛ لأنه لا يستحق شيئًا من الميراث مع الأقرب.

وإن أثبت الثانى نسبًا فوق الأول، بأن ادّعى الثانى أن الميت ابنه، وُلد على فراشه، وأنه أبوه، لا وارث له غيره، فهذا على وجهين: إن ادعى الأب نسبه من القبيلة التى ادعاها ابن العم، تقبل بينة الأب، وينقض القضاء الأول فى حق الميراث دون النسب، حتى يبقى الأول ابن عمّ له، حتى لو مات هذا الأب يرث الأول منه إذا لم يكن له وارث أقرب منه؛ لأن العمل بالبينتين فى حق إثبات النسب ممكن، إذا يجوز أن يكون لإنسان أب وابن عم من قبيلة واحدة، وإذا أمكن العمل بالبينتين فى حق إثبات النسب لم ينتقض القضاء الأول فى حق النسب، وينقضه فى حق الميراث؛ لأن ابن العم لا يرث مع الأب.

وإن ادعى الأب نسبه من قبيلة أخرى، قبلت بينة الأب، وينقض القضاء الأول فى حق الميراث والنسب جميعًا؛ لأن العمل بالبينتين فى حق النسب متعذر ههنا؛ لأن تحت دعواهما أن للميت أبوان هذا المدعى وأخ أب ابن العم، ولايتصور من حيث الحقيقة أن يكون للشخص الواحد أبوان، وإذا تعذر العمل بهما فى حق النسب، وجب

العمل ببينة الأب؛ لأن فى بينة الأب زيادة إثبات؛ لأن الأب أقرب.

فإن قيل: لا بل العمل بالبينتين فى حق النسب ممكن، بأن كان بين رجلين من قبيلتين جارية، جاءت بولد فادعياه، فينبغى أن لا ينقض القضاء الأول فى حق النسب؟

قلنا: يجوز أن يكون لولد الواحد أبوان من حيث الحكم كما قلتم، إلا أن من شرط ثبوت أبوين للواحد أن يدعيا معًا، أما إذا سبق أحدهما الآخر فى الدعوى، لا تصح دعوة الثانى، وههنا مدعى الأبوة صار سابقًا معنى، وإن كان ابن العم سابقًا فى الدعوى صورة؛ لأن الأب ادعى لنفسه زيادة قرب لم يدعه ابن العم، فصار الأب منفردا بهذه الزيادة، ولم يزاحمه ابن العم فى ذلك، فصار سابقًا معنى، فيعتبر بما لو كان سابقًا حقيقة، ولو كان سابقًا حقيقة، لا تصح دعوى ابن العم فى ذلك، كذا ههنا.

فإن قيل: إذا تعذر العمل بهما من حيث الحقيقة والحكم، كان يجب أن يترجح البينة التى اتصل بها القضاء، كما لو ادّعى الثانى أنه ابن عمّ الميت من قبيلة أخرى.

قلنا: إنما تترجح البينة التى اتصل بها القضاء حالة التنافى إذا لم يكن فى البينة الثانية زيادة إثبات، كما فى ابنى العم، فعند الاستواء فى الإثبات تترجح الأولى بحكم اتصال القضاء بها، وههنا فى البينة الثانية زيادة إثبات، وفى مثل هذا الترجيح بزيادة الإثبات لا باتصال القضاء؛ لأن الترجيح من حيث زيادة الإثبات ترجيح فى تعين الشهادة، والترجيح من حيث القضاء ترجيح من حيث الحكم.

وخرج على المعنى قلنا: الولد إذا تنازع فيه رجلان، فأقام أحدهما البينة، وقضى القاضى بالولد، ثم أقام الآخر البينة بعد ذلك، لم تقبل بينته، وترجح الأول بالقضاء؛ لأنه ليس فى البينة الثانية زيادة إثبات، والجمع بينهما غير ممكن، فرجّحنا الأول باتصال القضاء بها.

١٥٠٢٩- وإذا شهد شاهدان، أن فلانًا أعتق هذا الميت، وأن هذا الرجل غصبه الذى أعتق، لاتقبل شهادتهما ما لم يبينا سبب العُصوبة أنه ابن الذى أعتق، أو أبوه، أو أخوه، أو ما أشبه ذلك، وهذا لأن أسباب العُصوبة كثيرة، ومن العصبات من لايصير محجوبًا بغيره، ومنهم من يصير محجوبًا بغيره، فلابد من أن يعلم القاضى سبب عصوبته، حتى إذا جاء آخر وادّعى عصوبته، فالقاضى يعلم أن الثانى محجوب

بالأول، أو هو حاجب له، وصارت الشهادة ودعوى الميراث دعوى تلقى الملك من جهته حالة الحياة، ومن ادعى تلقى الملك من جهته حالة الحياة، وشهد الشهود بذلك، ولم يبيّنوا سببه، فالقاضى لا يقضى بشهادتهم؛ لأن فى أسباب الملك كثرة، وأحكامها مختلفة، فالبيع يوجب ملكًا لازما بعوض، والهبة توجب ملكًا غير لازم بغير عوض، فكذا فى دعوى الميراث.

١٥٠٣٠- وإذا شهد الشهود بوراثة رجل، وبينّوا سببه، ولم يزيدوا عليه، فاعلم أن ههنا فصولا: أحدها: هذا، والحكم فيه أن الشهادة مقبولة، إلا أن القاضى لا يدفع المال إلى المشهود له للحال، بل يتلوّم زمانًا؛ لجواز أن يظهر وارث آخر للميت هو مزاحم للمشهود له، أو هو مقدّم عليه.

الثانى: إذا شهدوا بوراثته، وبينّوا سببه، وقالوا: لا نعلم له وارثًا آخر، وهذه الشهادة مقبولة، ويدفع القاضى المال إليه للحال من غير تلوّم، وقوله: لانعلم له وارثًا غيره ليس من صلب الشهادة، بل هو لإسقاط مؤنة التلوّم عن القاضى؛ لأن بدون ذكر هذه الزيادة القاضى يُتلوم، وبعد ذكر هذه الزيادة لايتلوم.

الثالث: إذا شهدا[1] أنه وارثه، لا وارث له غيره، وهذه الشهادة مردودة قياسًا، مقبولة استحسانًا، وجه القياس أن هذه شهادة بما يعلم القاضى أنه لا علم للشاهد به، لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم بمعاينة السبب، أما من حيث الحقيقة فظاهر، وأما من حيث الحكم بمعاينة السبب؛ لأنه لم يوجد فى النفى سبب موضوع يوجب النفى، بخلاف الشهادة على الإثبات؛ لأن من الإثبات ما يعلم حقيقة كالأفعال، نحو الغصب والقتل، ومنها ما يعلم من حيث الظاهر بمعاينة الأسباب، كالأملاك، فلم تكن الشهادة على الإثبات شهادة لما يعلم القاضى أنه لا علم للشاهد به.

وبخلاف قوله: لا نعلم له وارثًا غيره؛ لأن هذا إخبار عن عدم علمه بوارث آخر، وهو يعلم عدم علمه بوارث آخر، فلم تكن هذه شهادة بما يعلم القاضى أنه لا علم للشاهد به، وأما قوله: لا وارث له غيره، إخبار عن نفى وارث آخر فى نفسه، ولا علم له بذلك، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الظاهر بمعاينة السبب على ما ذكرنا.

(١) وفى ف: شهدوا.

وجه الاستحسان: أن العمل بحقيقة هذه الشهادة إن تعذر من الوجه الذى قلتم أمكن العمل بمجازها، بأن يجعل قولهما: لا وارث له غيره كناية عن قولهما: لا نعلم له وارثًا غيره؛ لأن عدم وارث آخر غير هذا المدعى متى ثبت على الحقيقة ثبت عدم العلم بوارث آخر غيره، فيمكن أن يجعل نفيه على الحقيقة كناية عن نفى علمه.

الرابع: إذا قالا: لا نعلم له وارثًا آخر بأرض كذا غير فلان، قال أبو حنيفة: هذه الشهادة جائزة، ويقضى له بالميراث، وقالا: لا تجوز هذه الشهادة، ولايقضى له بالميراث، وجه قولهما: أن وجود وارث آخر فى مكان آخر إن لم يثبت بشهادتهما نصّا، فقد ثبت مقتضى تخصيصهما هذا المكان بنفى وارث آخر فيه؛ لأنه لو لم يكن له وارث آخر فى مكان آخر، لم يكن لتخصيص هذا المكان بالنفى فائدة، والثابت اقتضاء والثابت نصّا سواء، ولو ثبت وجود وارث آخر فى مكان آخر نصّا، بأن قالا: لا نعلم له وارثًا آخر فى مكان كذا، وله وارث آخر فى مكان كذا، أليس أن القاضى لا يدفع المال إليه؟ كذا ههنا، ألا ترى أنهما لو قالا: لا نعلم له وارثًا آخر فى هذا المجلس، لا يقضى بالميراث له، وطريقه ما قلنا.

ولأبى حنيفة: أن وجود وارث آخر فى مكان آخر لم يثبت بشهادتهما لا نصّا، ولا مقتضى تخصيصهما هذا المكان بالنفى فيه؛ لأن لهذا التخصيص فائدة أخرى، ووجه ذلك أنه لما لم يكن له وارث آخر فى هذا المكان، مع أنه مسقط رأسه أولى أن لا يكون له وارث آخر فى مكان آخر.

ثم نقول: إن فى هذا الكلام تقديمًا وتأخيرًا يمكن تصحيح الشهادة لو حُمل عليه، فيحمل عليه، إذ يحتال التصحيح الشهادة بقدر الإمكان، ووجه التقديم والتأخير أنا لا نعلم له وارثًا غير فلان بأرض كذا، فيكون ذكر الأرض لكون فلان فيها، وبقى غيره على العموم، أما أن يكون ذكر الأرض لتخصيصه بالنفى فيه فلا.

١٥٠٣١- ثم الشهود إذا شهدوا على وراثة شخص واحد، وبيّنوا سببها، وهذا الشخص ممّن يستحق جميع المال، ولا يصير محجوبًا بغيره كالابن والابنة والأب، إن قالوا: لا نعلم له وارثًا غيره، فالقاضى يدفع جميع المال إليه من غير تلوّم؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بعلم القاضى، ولو علم القاضى بذلك، كان يدفع المال إليه، كذا

ههنا.

فإن قيل: نفى وارث آخر ثابت بقضية الأصل، فإن الأصل هو العدم، فلما ذا يشترط نفيه بالشهادة؟

قلنا: نعم، الأصل هو العدم، إلا أن العدم ثابت باستصحاب الحال، لا بدليله، والثابت باستصحاب الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق، فلهذا شرطنا ثبوت النفى بدليله حتى يصلح لإثبات استحقاق ما لم يكن ثابتًا.

فأما إذا شهدوا أنه ابنه، ولم يزيدوا على هذا، فالقاضى لا يدفع جميع المال إليه للحال، بل يتلوم زمانًا يقع فى غالب رأى القاضى أنه لو كان معه وارث آخر، لظهر فى هذه المدة، ولم يقدّر محمد رحمه الله فى "الأصل" لذلك مقدارًا، ولكن فوّض ذلك إلى رأى القاضى، وهكذا ذكر فى "الجامع"، والمذكور فى "الجامع الكبير": أن القاضى يتأنى ويتلوّم فى ذلك زمانًا قدر ما يقع فى غالب رأيه أنه لو كان له وارث آخر لظهر فى مثل هذه المدة.

وذكر الطحاوى فى "مختصره": وقدّر لذلك حولا؛ لأن الغيبة قد تمتد إلى حول، قالوا: ما ذكر الطحاوى قولهما؛ لأنهما يثبتان المقدار فيما لا نصّ فيه، ولا إجماع بالاجتهاد، وما ذكر فى "الأصل" وفى "الجامع" قول أبى حنيفة؛ لأنه لايثبت المقدار فيما لا نص فيه، ولا إجماع بالاجتهاد، بل يفوّضه إلى رأى من ابتلى به، فإذا تلوّم حولا، أو مقدارًا وقع فى قلبه أنه لو كان له وارث آخر لظهر، دفع المال إليه؛ لأن نفى وارث آخر ثبت بنوع دليل، وهو التلوّم، فصار كما لو ثبت بالشهادة، فأما قبل التلوّم لا يدفع المال إليه؛ لأن نفى وارث آخر قبل التلوم ثابت باستصحاب الحال، وأنه لا يصلح حجة لإثبات استحقاق ما لم يكن ثابتًا.

فرق بين هذا وبينما إذا شهدوا أنه جدّ الميت أبو أبيه، أو أخوه لأبيه وأمه، ولم يزيدوا على ذلك، فإن القاضى لا يدفع المال إليه بالتلوم ما لم يشهدوا بالنفى، وفى الابن قال: يدفع المال إليه بالتلوم.

والفرق أن فى مسألة الابن وقع الشك فى بعض المال، لا فى دفع الكل؛ لأنه مستحق للبعض على كل حال، وفى مسألة الأخ والجد الشك وقع فى الكل؛ لأنهما

يحجبان بوارث آخر، ولا شك أن الشك المتمكن فى دفع الكل فوق الشك المتمكن فى دفع البعض، والنفى الثابت بالتلوّم دون النفى الثابت بالشهادة من حيث الحقيقة، فاكتفى بالتلوم للنفى متى وقع الشك فى دفع البعض، ولم يكتفِ به متى وقع الشك فى دفع الكل، ليظهر نقصان رتبة التلوم عن رتبة الشهادة، وصار وزان مسألة الجد والأخ من مسألة الابن أن لو شهدوا أنه جده أبُ أبيه ووارثه، أو شهدوا أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه، حتى ثبت له استحقاق البعض، ووقع الشك فى الباقى، ولو كان كذلك، كان يدفع المال إليه بالتلوم.

وإذا عرفت الجواب فى الابن، فهو الجواب فى الابنة والأبوين؛ لأن الشك فى حقهم تمكن فى البعض؛ لأنهم لا يحجبون بحال، والجواب فى ابن الابن، وفى ابن الأخ والعم وابن العم كالجواب فى الجد والأخ؛ لأن فى حق هؤلاء وقع الشك فى دفع الكل؛ لأنهم يحجبون بغيرهم.

هذا الذى ذكرنا إذا كان المدعى يستحق جميع المال، وهو ممن لا يحجب بغيره، كالابن والابنة، أو ممن يحجب بغيره، كالأخ والعم وابن الابن وأشباههم، فأما إذا كان المدعى وارثًا لا يستحق جميع المال، ولكن لا يصير محجوبًا بغيره، كالزوج والزوجة، إن شهدوا أنه زوجها، أو أنها زوجته، لا نعلم له وارثًا غيره، دفع إلى الزوج النصف، وإلى المرأة الرُبع؛ لأن نفى وارث آخر ثبت بالشهادة، فصار كالثابت بعلم القاضى.

١٥٠٣٢- وأما إذا شهدوا أنه زوجها، أو أنها زوجته، ولم يزيدوا على هذا، أجمعوا على أن قبل التلوّم لا يدفع إليه أكثر النصيبين؛ لأن استحقاق أكثر النصيبين معلق بعدم الولد، وأنه لم يثبت بدليله، والعدم الثابت باستصحاب الحال لا يكتفى، وأما إذا تلوّم زمانًا، ولم يظهر وارث آخر، قال محمد فى دعوى "الأصل": أن القاضى يدفع إليه أكثر النصيبين، إن كان زوجًا يدفع إليه النصف، وإن كانت زوجة يدفع إليها الربع.

وقال أبو يوسف: يدفع إليهما أقل النصيبين، إن كان زوجًا الرُبع، وإن كانت زوجةً الثُمن، ولم يذكر قول أبى حنيفة فى "المبسوط"، والطحاوى فى "مختصره"، ذكر قول أبى حنيفة مع أبى يوسف، والخصاف ذكر قوله مع محمد.

١٥٠٣٣- وإذا ادعى دارًا في يدى إنسان أنها له ورثها عن أبيه، وجاء بشهود شهدوا أنها كانت لأبيه إلى أن مات، وتركها ميراثًا له، لا نعلم له وارثًا غيره، فالقاضى يقبل هذه الشهادة، ويقضى بالدار للمدعى، وهذا ظاهر.

وكذلك إذا شهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت، فالقاضى يقبل هذه الشهادة، ويقضى بالدار للمدعى، وإن لم يشهدوا أنه تركها ميراثًا له؛ لأنه إن لم يشهدوا بذلك صريحًا، فقد شهدوا بذلك دلالة؛ لأن ما كان للإنسان عند الموت يصير ميراثًا لورثته لا محالة.

وكذلك إذا شهدوا أنها كانت في يد أبيه إلى أن مات، أو شهدوا أنها كانت في يد أبيه يوم الموت، فالقاضى يقبل هذه الشهادة، ويقضى بالدار للمدعى؛ لأن الشهادة باليد يوم الموت شهادة بالملك له يوم الموت؛ لأن اليد المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت؛ لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوى أسبابه، ويُبيّن ما كان عنده من الودائع أو الغصوب[1]، فإذا لم يُبين فالظاهر أن ما في يده ملكه، فجعلنا اليد عند الموت يد ملك من هذا الوجه.

وروى الحسن بن زياد وعلى بن يزيد الطبرى صاحب محمد بن الحسن: أنه لا تقبل الشهادة في هذه الصورة؛ لأنهم شهدوا بيد عرف القاضى زوالها، ولم يشهدوا بالملك للمورّث، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح؛ لما ذكرنا أن الأيدى المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك، فكانت هذه شهادة بالملك من حيث المعنى.

ولو شهدوا أنها كانت لأبيه، ولم يجروا الميراث إلى المدعى، فالقاضى لايقبل هذه الشهادة في قول أبى حنيفة، وهو قول أبى يوسف أولا، ثم رجع أبو يوسف عن هذا القول، وقال: تقبل هذه الشهادة، ويقضى بالدار للمدعى.

وجه قول أبى يوسف آخر: إن كون هذا الدار ملكًا للميت يوم الموت إن لم تثبت بنص الشهادة تثبت بمقتضى الشهادة أنها كانت لأبيه؛ لأن ما كان للإنسان يبقى له إلى أن يوجد ما يزيله، فيبقى إلى يوم الموت، فصار هذا وما لو شهدوا بكونه له يوم الموت سواء.

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: المغصوب.

والدليل عليه أن الأب لو كان حيّا، وادعى الدار لنفسه، وجاء المدعى بشهود شهدوا أنها كانت للمدعى، فالقاضى يقبل هذه الشهادة؛ لأن الشهادة بأنها كانت للمدعى شهادة بأنها للمدعى فى الحال، والدليل عليه ما لو شهدوا على إقرار ذى اليد أنها كانت للميت، فإنه يقبل هذه الشهادة، وجعل هذا بمنزلة إقراره أنها كانت للميت يوم الموت بالطريق الذى قلنا.

والدليل عليه أن من ادّعى عينًا فى يد إنسان أنه له، اشتراه من فلان الغائب، وجاء بشهود، لا بدّ للشهود أن يذكروا فى شهادتهم ملك البائع، فلو شهدوا أنه كان للبائع، فإنه يقضى للمشترى، وإن لم يشهدوا بكونه ملكًا للبائع يوم البيع، ما كان الطريق إلا ما قلنا.

وجه قول أبى حنيفة ومحمد: إن كون هذه الدار ملكًا للميت يوم الموت ثابت باستصحاب الحال، لا بالبينة، فإنهم لم يشهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت، وإنما شهدوا أنها كانت لأبيه لا غير، إلا أن ما ثبت للأب، فإنه يبقى إلى يوم الموت ما لم يوجد دليل الزوال باستصحاب الحال، لا بدليل يوجب قيامه.

قلنا: والثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما هو ثابت، ولا يصلح لإثبات ما هو غير ثابت على ما عرف، فاعتبرنا الكون الثابت يوم الموت باستصحاب الحال، لا بالبينة لإبقاء ما كان ثابتًا، وهو الملك للميت، فإنه لا يثبت للوارث بالموت ملك جديد، بل يبقى على ما كان للميت، حتى يردّ بالعيب، ويردّ عليه، ولم يعتبر فى حق مالكية الوارث؛ لأن اعتباره فى حق مالكية الوارث اعتبار لإثبات ما لم يكن ثابتًا، وإنما يثبت للحال، فيأخذ الاعتبارين إن وجب القضاء بهذه البينة، فباعتبار الآخر ما يجب، فلا يجب بالشك والاحتمال.

وليس كما لو شهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت؛ لأن كون هذ الدار يوم الميت للميت ثابت بالبينة، فإن الشهود شهدوا بذلك نصّا، وما ثبت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، أما فى مسألتنا هذه فكون هذه الدار للميت يوم الموت غير ثابت بالبينة، والتقريب ما مر[١].

(١) وفى الأصل: ماض.

وبخلاف ما إذا شهدوا أنه كان فى يده يوم الموت؛ لأن الشهادة باليد للميت يوم الموت شهادة بالملك له على ما بيّنا، وإذا كانت شهادة بالملك له، فكون هذا الشىء ملكًا للميت يوم الموت، ثبت بنفس البينة، وليس كما لو ادعى الملك لنفسه، وشهدوا أنها كانت للمدعى، فإنه يقضى بحال للمدعى، وإن ثبت كونها ملكًا للمدعى للحال باستصحاب الحال، لا بالبينة؛ لأن هناك لا تعتبر الكون الثابت للحال باستصحاب الحال لإثبات ما لم يكن ثابتًا، بل نعتبره لبقاء ما كان ثابتًا له من الملك والمالكية جميعًا، بخلاف ما نحن فيه.

وليس كمسألة الشراء؛ لأن ملك المشترى مضاف إلى الشراء الثابت بالبينة، لا إلى بقاء ملك البائع فى المبيع الثابت له وقت الشراء باستصحاب الحال، وإن كان لابد لإثبات ملك المشترى من بقاء ملك البائع إلى يوم الشراء؛ لأن الشراء آخرهما وجودًا، وأنه لا يوجد حكمًا لبقاء ملك البائع إلى يوم الشراء، وإنما يوجد بالمباشرة عن اختيار، وأنه سبب الملك، فإنه موضوع لذلك، ألا ترى أنه لا يتحقق من غير إيجاب الملك، فيكون الملك الثابت للمشترى مضافًا إلى الشراء الذى ثبت بالبينة، لا إلى بقاء ملك البائع الثابت باستصحاب الحال، وما ثبت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، فأما ههنا ثبوت الملك للوارث مضاف إلى كون المال ملكًا للميت وقت الموت، لا إلى الموت الثابت معاينة؛ لأن الموت ليس بسبب الملك، فإنه موضوع لإبطال الحياة، لا لإيجاب الملك حتى يتحقق من غير إيجاب ملك لأحد، وبقاء ملك الميت إلى يوم الموت فيما نحن فيه ثابت باستصحاب الحال؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا إن صلح لا بقاء ما كان ثابتًا.

وأما مسألة الإقرار قلنا: الملك الثابت للوارث هناك مضاف إلى إقرار ذى اليد الثابت بالبينة؛ لا إلى بقاء ملك أبيه يوم الموت الثابت باستصحاب الحال، وإن كان لابد للميراث من الأمرين جميعًا، كما فى الشراء، إلا أن الإقرار آخرهما وجودًا، وأنه يصلح سبب الملك من وجه لأنه تمليك من وجه من جهة المقر إن كان إخبار من وجه، ولهذا لا يصح إذا لم يقر للمقر له ملكًا، والإقرار ثابت بالبينة، والثابت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، فأما ملك الوارث مضاف إلى كون هذه الدار ملكًا للأب يوم الموت، لا إلى الموت الثابت معاينة، وكون هذا المال لأبيه يوم الموت ثابت باستصحاب

الحال، وأنه لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، فهذا هو الفرق بين هذا وبين الإقرار.

ولو شهدا أنها لأبيه، لا تقبل الشهادة، ذكر محمد المسألة فى كتاب الدعوى من غير ذكر خلاف، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: المسألة على الخلاف على قول أبى حنيفة ومحمد: لا تقبل هذه الشهادة، وعلى قول أبى يوسف: تقبل؛ لأنهم شهدوا بالملك للميت، والثابت لوارث عين ما كان ثابتًا للمورّث.

والحاصل: إن أبا يوسف اعتبر جانب الملك، ولا استحالة فى جانب الملك، وهما اعتبرا جانب المالكية، فقالا: أثبت[1] المالكية للميت فى الحال، ولا مالكية للميت فى الحال، فكانت هذه شهادة.

ومنهم من قال: لا تقبل هذه الشهادة بلا خلاف، وإليه ذهب الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، وكان يقول: بأن محمدًا ذكر كلا الفصلين فى الكتاب، ثم خصّ رجوع أبى يوسف فى مسألة الكون للميت، ولو كان الخلاف فيهما واحدًا[2] لذكر رجوعه فيهما، فعلى هذا أبو يوسف: يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسألة.

ووجه الفرق له أن يقال: بأن الاستحالة فى هذه المسألة إن لم تتحقق فى جانب الملك؛ لأن الملك لم يتجدد للوارث، بل قام مقام الميت كأنه وكيله تحققت الاستحالة فى إثبات المالكية للميت، فاعتبار الاستحالة فى إثبات المالكية للميت للحال يمنع قبول الشهادة، واعتبار إثبات الملك للورثة للحال، وأنه غير مستحيل للحال يوجب القبول، فلا يجب القبول بالشك، بخلاف ما لو شهدا أنه كان لأبيه؛ لأنها غير مستحيلة باعتبار إثبات الملك والمالكية جميعًا؛ لأنهم أثبتوا كلا الأمرين فى حالة الحياة، فوجب القبول، وإذا وجب القبول بقى الملك إلى يوم الموت باستصحاب الحال، ثم يثبت مالكية الوارث حكمًا.

ثم هذا الاختلاف فيما إذا لم يجروا الميراث، فأما إذا جرّوا، وقالوا: هذا لأبيه مات، وتركها ميراثًا له، تقبل هذه الشهادة بلا خلاف، وذكر محمد مثل هذا فى مسألة

---

(١) وفى الأصل: أثبتنا.

(٢) وفى الأصل: وأخذا.

الجد فى "الأصل"، على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٥٠٣٤- وفى "فتاوى النسفى": إذا شهد الشهود بالوراثة، وقالوا: اين محدود ملك فلان بود، وحق وى، ودردست وى تا روز مرگ بمرد، وميراث ماند فرزندان خويش را فلان وفلان را، أنه ليس بتام، ولابد من أن يقول: ميراث ماند اين محدود را، أو يقول: ميراث ماندش حتى يتم حكم الميراث فى المحدود المدعى.

قال الشيخ الإمام نجم الدين عمر النسفى: وكتبت الفتوى فى جر الميراث، وبالغت فى شرائط الجرّ غير أنى تركت الهاء عند قولي: وتركه ميراثًا، وكتبت وترك ميراثًا، فقال لى السيد الإمام: الحق به الهاء واجعل، وتركه ميراثًا حتى أفتى بالصحة، وينبغى أن يُقال: إذا شهدوا أنه كان ملكه يوم موته، أو شهدوا أنه كان فى يده يوم مات أن لا يحتاج فيه إلى جرّ الميراث، وإنما يحتاج إليه إذا شهدوا أنه كان ملك يوم موته، أو شهدوا أنه كان ملك، ولم يتعرضوا ليوم الموت، بدليل المسائل التى تقدم ذكرها.

١٥٠٣٥- قال: وإذا شهد شاهدان أن فلانًا مات، وترك هذه الدار ميراثًا لفلان أبيه هذا لا يعلمون له وارثًا غيره، ولم يدركا فلانًا الميت، لا تقبل شهادتهما، وإنما لم تقبل شهادتهما لا لخلل فى جرّ الميراث؛ لأنهم جرّوا الميراث إليه على وجهه حيث قالوا: وتركها ميراثًا له، ولا لخلل فى الشهادة بالنسب والموت من حيث إنهم شهدوا بالشهرة والتسامع؛ لأن الشهادة بالنسب والموت بالشهرة جائزة، ولكن لم تقبل شهادتهما لخلل فى شهادتهما بالملك؛ لأنهم شهدوا بالملك للميت بالشهرة والتسامع، فإنما لا يكون مملوكًا للميت لا يصير ميراثًا لورثته، وإذا لم يدركوا الميت لم يعاينوا سبب الملك منه فى الدار، ولا كون الدار فى يده يتصرف فيها تصرف الملاك، فعلم أن شهادتهما بالملك للميت بحكم الشهرة والتسامع، والشهادة فى الأملاك بالشهرة والتسامع لا تجوز.

هذا إذا كان نسب المدعى معروفًا من الميت، وإن لم يكن نسبه معروفًا من الميت، فشهدا أنه فلان ابن فلان الميت، وأن فلانًا الميت ترك هذه الدار ميراثًا له، ولم يدركا الميت، لم يذكر هذا الفصل هنا، وذكر فى "المنتقى" أجيز شهادتهما فى النسب وأبطلها فى الميراث.

١٥٠٣٦- ولو شهدوا على دار فى يدى رجل أنها لفلان جدّ هذا الرجل المدعى وخطته، وقد أدركوا الجدّ، والمدعى يدّعى أنها كانت لأبيه، فاعلم بأن ههنا فصلين: أحدهما: إذا شهدوا أنها كانت لجد المدعى، وأنه على وجهين: الأول: إذا جرّوا الميراث، بأن شهدوا أنها كانت لجد هذا المدعى فلان مات الجد، وتركها ميراثًا لأب هذا المدعى، مات الأب وتركها ميراثًا لهذا المدعى، وفى هذا الوجه تقبل هذه الشهادة، ويقضى بالدار للمدعى.

الوجه الثانى: إذا لم يجرّوا الميراث، بأن شهدوا أنها كانت للجد المدعى، ولم يزيدوا على هذا، وفى هذا الوجه إن لم يعلم تقدم موت الجد على موت الأب، لا يقضى بالدار للمدعى بالإجماع، وإن علم فكذلك الجواب عند أبى حنيفة ومحمد، وأبى يوسف أوّلا، ثم رجع أبو يوسف، وقال: يقضى بالدار للمدعى، والاختلاف فى هذا نظير الاختلاف فيما إذا شهدوا أنها كانت لأبيه.

ولو شهدوا على إقرار ذى اليد أن هذه الدار كانت لجد المدعى، ولم يجرّوا الميراث، فإن القاضى يقضى بالدار للمدعى إذا لم يكن له وارث آخر، كما لو شهدوا على إقرار ذى اليد أنها كانت لأبيه، وبعض مشايخنا قالوا فى مسألة الجد: لا تقبل الشهادة بلا خلاف.

١٥٠٣٧- الفصل الثانى: إذا شهدوا أن هذه الدار لجدّ هذا المدعى، ولم يقولوا: كانت لجدّه، فإن جرّوا الميراث تقبل الشهادة، ويقضى بالدار للمدعى؛ لأن تفسير الجر أن يقولوا: هذه الدار لجده، مات الجد، وتركها ميراثًا لأبيه، ثم مات أبوه وتركها ميراثًا لهذا المدعى، ومتى قالوا: مات الجد وتركها ميراثًا لأبيه، فقد شهدوا بالملك لأبيه حال حياته، وصار من حيث المعنى كأنه قال: كانت لأبيه وجرّوا الميراث.

فأما إذا لم يجروا الميراث، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد: لا تقبل؛ لأنهم لو شهدوا أنها كانت لجدّ المدعى، ولم يجروا الميراث، لا تقبل الشهادة عند أبى حنيفة ومحمد، فههنا أولى، وأما على قول أبى يوسف الآخر، فقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تقبل هذه الشهادة؛ لأن معنى قول الشاهد: إنها لجده عرفًا وعادة أنها كانت لجده، ولو شهدوا أنها كانت لجده، أليس أن يقضى بها للمدعى عنده، كذا هنا.

ومنهم من قال: لا تقبل الشهادة، ولا يقضى بالدار للمدعى عنده، والفرق لأبى يوسف بينما إذا شهدا أنها كانت لجد المدعى، وبينما إذا شهدا أنها لجد المدعى أنهم إذا شهدوا أنها كانت لجدّ المدعى، فقد أثبتوا الملك لجده حال حياته، وهو من أهل الملك فى حياته، فيثبت الملك للجد فى حياته بهذه الشهادة، وما ثبت للجد ينتقل إلى المدعى ما لم يثبت الزوال من الجد قبل موته إلى غيره، أما فى هذه المسألة أثبتوا الملك للجد بعد الموت؛ لأن قولهم له عبارة عن الحال، وهو ميت فى الحال، والميت ليس من أهل الملك، فلم يثبت الملك للجد، فكيف ينتقل إلى المدعى؟

وإن شهدوا أن الدار كانت لجدّ هذا المدعى، مات الجد وقد ترك أب هذا المدعى وارثًا لا وارث له غيره، ولم يزيدوا على هذا، يعنى لم يشهدوا أن أب هذا المدعى مات وتركها ميراثًا، فالمسألة على الخلاف الذى ذكرنا، لأنهم شهدوا بملك الجد والانتقال إلى أبيه، فكأنهم شهدوا أنها كانت لأبيه، وهناك المسألة على الخلاف.

وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أنها كانت لأبيه، كلفتهم البينة على عدد الورثة، ثم نفذت القضاء؛ لأنهم ما لم يشهدوا على عدد الورثة لا يصير نصيب المدعى معلومًا، والقضاء بالمجهول لا يجوز، وكذلك إذا شهدوا أنها كانت لجدّ المدعى، كلّفتهم البينة على عدد الورثة، ثم نفذت القضاء بحصة هذه المدعى، وهذا لأن الشهادة على أنها كانت لأبيه، أو على أنها كانت لجده شهادة معتبرة عند أبى يوسف، وبها يثبت كون الدار مملوكًا للأب والجد عند الموت، وما كان للمورّث عند الموت يصير ميراثًا لورثته إلا أنا لا نعلم كم يصيب هذا المدعى من الميراث، فشرط بيان عدد الورثة ليعلم مقدار نصيب المدعى.

١٥٠٣٨- قال فى "كتاب الأقضية": دار فى يدى رجل أقام أحد البينة أن أبى اشتراها منه بألف درهم، وقد مات أبى والبائع يجحد ذلك، فإنى لا أكلفه البينة أن أباه مات، وتركها ميراثًا له، ولكن أسأله البينة أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره، فإن أقامها أمرته بدفع الدار إليه، وإنما لم يكلفه إقامة البينة أن أباه مات وتركها ميراثًا له؛ لأنه لما أقام البينة على الشراء منه، ومعلوم أن كل بائع مقر بالملك للمشترى، صار كأنه أقام البينة على إقرار ذى اليد بالملك لمورّثه، وقد ذكرنا أن صاحب اليد إذا أقام البينة على إقرار ذى

اليد بالملك لمورّثه كفى ذلك حجة للقضاء، ولا يحتاج إلى جرّ الميراث، كذا ههنا، وإنما أسأله البينة على أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره، لدفع مؤنة التلوّم عن نفسه، وإلا هذا القدر كافٍ لتوجه القضاء به.

وإن كانت الدار في يد غير البائع، سألته البينة أن أباه مات وترك هذه الدار ميراثًا له، لأن المدعى على ذى اليد ههنا نفس الملك للمورّث، والانتقال إلى نفسه بسبب الإرث لا إقرار ذى اليد بالملك للمورث، وهذا لأن دعوى الإقرار على ذى اليد فى المسألة الأولى فى ضمن دعوى البيع عليه، والمدعى ههنا لا يدعى البيع على ذى اليد، فكان هذا فى حق ذى اليد دعوى نفس الملك للمورث، فلا بدّ من جرّ الميراث، وفى الكتاب يقول على وجه التعليل للمسألة الأولى أن البائع بمنزلة المرتهن.

ولو أقام البينة أن أباه رهن هذا العبد عنده، وجاء بالمال لينفذه، ويقبض الرهن، كلّف إقامة البينة على عدد الورثة، ولا يكلف جر الميراث، كذا ههنا، فقد أشار إلى أن المبيع فى يد البائع محبوس لنقد الثمن، كالرهن محبوس فى يد المرتهن لنقد الدين، وحكم الرهن ما ذكرنا، وحقيقة المعنى: أن المرتهن مقر بالملك للراهن اقتضاء؛ لأنه مقر بصحة الرهن، وذلك بملك الراهن، فيعتبر بما لو أقر صريحًا، ولو ادعى إقراره صريحًا قبلت البينة من غير جرّ الميراث، كذا ههنا، فكذا فى مسألة البيع البائع مقر بصحة البيع، فيكون مقرًا بملك المشترى ضرورة.

١٥٠٣٩- قال فى "الأصل": دار فى يدى رجل، جاء ابن أخ صاحب اليد، وأقام بينة أن هذه الدار كانت لجده مات، وتركها ميراثًا بين أبيه وبين عمه الذى فى يديه نصفان، ثم مات أبوه، وترك نصيبه ميراثًا له، فالقاضى يقبل هذه البينة، ويقضى بالدار بين المدعى وبين عمه نصفان.

وإن لم يقض القاضى ببينة ابن الأخ حتى أقام العمّ بيّنة أن أخاه وهو أب هذا المدعى مات قبل موت الجد، وورث الجد منه السدس، ثم مات الجد، وصار جميع الدار ميراثًا لى، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن لا يكون فى يد ابن الأخ شىء من تركة أبيه، وفى هذا الوجه بينة ابن الأخ أولى؛ لأن العمل بالبينتين جميعًا متعذر؛ لأن ابن الأخ ببينته يثبت موت الجد سابقًا على موت أبيه، والعمّ ببينته يثبت موت الجد

لاحقا به، ولا يتصور أن يكون موت الجد سابقًا على موت أب المدعى ولاحقًا به، فلابد من العمل بالراجح منهما، فنقول: بينة ابن الأخ راجح لوجهين: أحدهما: ما أشار إليه فى الكتاب، فقال: لأن ابن الأخ هو المدعى، ومعنى هذا الكلام أن ابن الأخ يثبت الملك لنفسه فى نصف الدار ببينته على العمّ، والعمّ لايثبت لنفسه شيئًا على ابن الأخ ببينته، وإنما ينفى ببينته ما أثبت هو لنفسه من نصف الدار، والبينات شرعت للإثبات لا للنفى.

الثانى: بينة العمّ مثبتة أيضًا، إلا أن بينة ابن الأخ أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت الملك لأبيه فى نصف الدار أولا، ثم يثبت الملك له فى نصف الدار من جهة الأب، وبينة العم تثبت الملك للعمّ، أما لا يثبت الملك لأبيه وهو الجد؛ لأن الملك ثابت للجد باتفاقهما، والبيّنات شرعت للإثبات، فما كان أكثر إثباتًا كان أولى بالقبول.

فإن قيل: إن كان لبينة ابن الأخ رجحانًا من هذا الوجه، فلبيّنة العم رجحان من وجه آخر، فإن للعم مع البينة اليد، واليد مما يقع به الرجحان إذا كان الدعوى فى تلقى الملك من جهة الثالث، كما فى دعوى الشراء من ثالث، فإن الرجلين إذا ادعيا شراء عين من ثالث، وأقاما البينة، والعين فى يد أحدهما، فإنه يقضى بالعين لصاحب اليد.

والجواب عن هذا أن يُقال: بأن الملك فوق اليد، ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا أن هذه الدار كانت لهذا المدعى، تقبل الشهادة، ويقضى بالدار للمدعى، ولو شهدوا أن هذه الدار كانت فى يد المدعى، كانت المسألة على الاختلاف، فإذا كان الملك فوق اليد، كان الترجيح بالملك أولى من الترجيح باليد، بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من ثالث؛ لأن هناك استوى المدعيان فى إثبات الملك، ولأحدهما يد، وكان هو أولى، كما فى دعوى النتاج، أما ههنا بخلافه.

١٥٠٤٠- الوجه الثانى: إذا كان فى يد ابن الأخ شىء من ميراث أبيه، وباقى المسألة بحالها، وفى هذا الوجه ميراث الجد كلها للعم، وميراث الأخ كلها لابن الأخ، ويجعل كأنهما ماتا معًا، وهذا لأن البينتين استويا فى الإثبات من كل وجه؛ لأن بينة ابن الأخ أثبت موت الجد سابقًا على موت أبيه، وأثبت لأبيه ميراثًا من الجد، وهو نصف الدار التى فى يد العمّ، ثم أثبت ذلك لنفسه من جهة أبيه، وبينة العم أثبتت موت الأخ

سابقًا على موت الجد، وأثبت للجد ميراثًا من أخيه، وهو سُدس ما فى يد ابن الأخ، ثم أثبت ذلك لنفسه من الجد، فهو معنى قولنا: البينتان استوتا فى الإثبات من كل وجه، والمدعيان استويا فى اليد أيضًا، فلاترجيح لإحدى البينتين على الأخرى، ولا لأحد المدعيين على صاحبه، فلا يعمل ببينة كل واحد منهما، فخرجت البينتان من البين، وموت كل واحد منهما قد ظهر، والتاريخ بينهما ليس بمعلوم، فيجعل كأنهما ماتا معًا، كما فى الغرقى والهدمى والحرقى، ولو ماتا معًا لا يرث أحدهما من صاحبه، ويجعل مال كل واحد منهما لورثته، كذا ههنا، بخلاف ما إذا لم يكن فى يد ابن الأخ شىء من تركة أبيه؛ لأن هناك ترجحت بينة ابن الأخ بكثرة الإثبات، أما ههنا بخلافه.

١٥٠٤١- قال فى "الأصل" أيضًا: لو أقام رجل البينة على ميراث رجل أنه مات سنة خمسين، وإنه ابنه ووارثه، لا وارث له غيره، وقضى القاضى بذلك، ثم أقامت امرأة البينة أنه تزوجها سنة إحدى وخمسين، ومات بعد ذلك، ذكر أنه تقبل بينة المرأة، وتشارك الابن فى الميراث، ويقضى لها بالمهر، هكذا ذكر، ويجب أن لاتقبل بينة المرأة؛ لأن العمل بالبينتين جميعًا متعذر؛ لأن الابن أثبت موت أبيه سنة خمسين، وقضى القاضى بذلك، وإذا صار موته مقضيًا به سنة خمسين، لا يتصور أن يكون مقضيًا به فى سنة إحدى وخمسين؛ لأن الموت مما لا يتكرر، وكل واحد منهما فى اللإثبات مثل صاحبها؛ لأن كل واحد من البينتين أثبت موت مورثه، وسبب وراثته من الميت، وهو النسب والنكاح، فكان يجب أن يترجح الأولى باتصال القضاء بها، لما تعذر العمل بهما قياسًا على ما إذا أقامت امرأة البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة، وقضى القاضى بذلك، ثم أقامت امرأة أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان، قال: لا تقبل البينة الثانية، وتترجح الأولى باتصال القضاء بها؛ لأن كل واحدة منهما فى الإثبات مثل صاحبها، والعمل بهما متعذر؛ لأن الشخص الواحد فى يوم واحد لا يكون بمكة وخراسان، فترجحت الأولى باتصال القضاء بها، فكذا هكذا.

والدليل ما لو كان مكان الموت قتل لو أقام الابن البينة أن فلانًا قتل أباه سنة خمسين، وأنه ابن وارثه، وقضى القاضى بذلك، ثم جاءت امرأة وأقامت البينة أنه تزوجها سنة إحدى وخمسين، ثم قتله فلان بعد ذلك، فإنه لا تقبل بينة المرأة، وتترجح الأولى باتصال القضاء بها؛ لأن كل واحد منهما فى الإثبات مثل الأخرى، والعمل بهما

متعذر، فترجحت الأولى باتصال القضاء بها إلا أن الجواب عنه، وهو الفرق بين مسألة الموت والقتل، وبين مسألة مكة وخراسان أن يقال: بأن البينة الأولى إنما ترجحت بالقضاء فى مسألة القتل؛ لأن القتل صار مقضيًا به بالبينة الأولى؛ لأن القاضى قضى بالضمان على القاتل، ولابد للقضى بضمان القتل من القضاء بالقتل؛ لأنه سببه، كما لابد للقضاء بالملك بالشراء من القضاء بالشراء؛ لأن الشراء سببه، وإذا صار القتل مقضيًا به ضرورة القضاء بضمان القتل صار التاريخ معه مقضيًا به؛ لأن القتل لابد وأن يكون فى الزمان كما فى الشراء، وإذا صار القتل مقضيًا به فى سنة خمسين، لا يتصور ثانيا فى سنة إحدى خمسين؛ لأنه يتكرر، فترجحت الأولى بالقضاء لهذا.

وكذلك كون المتزوج بمكة فى مسألة مكة وخراسان، صار مقضيًا به مع النكاح، وإن لم يكن كونه بمكة سببًا للاستحقاق، بل سبب الاستحقاق هو النكاح؛ لأنه لا يمكن القضاء بالنكاح بدون المكان، فإنه لابد للنكاح من كون الناكح فى مكان، وإذا لم يكن للنكاح بدّ من المكان، صار المكان الذى ذكره الشهود أولى بالقضاء من غيرها من الأمكنة، وإذا صار كونه بمكة مقضيًا به يوم النحر مع النكاح لم يتصور أن يصير كونه بخراسان مقضيًا به فى ذلك اليوم مرة أخرى، فترجحت الأولى بالقضاء، فأما فى مسألة الموت، فالموت لم يصر مقضيًا به، لا ضرورة القضاء بالنسب، ولا ضرورة القضاء بالميراث، أما ضرورة القضاء بالنسب، فإن يتصور القضاء بالنسب من غير موت أصلا، كما لو أقام البينة أنه ابن فى حال حياة أبيه، وأما ضرورة القضاء بالميراث؛ لأن استحقاق الميراث مضاف إلى النسب خاصة لا إلى الموت والنسب؛ لأن النسب يكفى لإضافة استحقاق الميراث إليه، فإن النسب إذا تأخر عن الموت، بأن كان الموت ظاهرًا، والنسب غير ظاهر، وإنما يثبت النسب بشهادة الشهود بعد الموت، كان الاستحقاق مضافًا إلى النسب حتى لو رجع الشهود ضمنوا، وإذا كان النسب كافيًا لاستحقاق الميراث، لم يصر الموت مقضيًا به ضرورة القضاء بالميراث، وإذا لم يصر الموت مقضيًا به ضرورة القضاء بالميراث، ولا ضرورة القضاء بالنسب، لم يصر التاريخ مقضيًا به أيضًا؛ لأن التاريخ صفته، وإذا لم يصر التاريخ مقضيًا به بالبينة الأولى، صار وجود التاريخ وعدمه بمنزلة، فكان الابن أقام البينة على الموت والنسب من غير تاريخ، وقضى القاضى له بذلك، ثم أقامت المرأة البينة على النكاح والموت، ولو كان كذلك قضى

بالأمرين جميعًا؛ لأنه لا تنافى بينهما، فكذلك هذا.

فإن قيل: كما يضاف استحقاق الميراث إلى النسب وحده إذا تأخر، فكذا يضاف إلى الموت إذا تأخر، فإن النسب إذا كان ثابتًا، ثم ثبت الموت بالبينة بعد ذلك؛ لأن الاستحقاق يضاف إلى الموت حتى لو رجع الشهود ضمنوا، وإذا كان كل واحد، ومنهما مما يضاف الاستحقاق إليه إذا انفرد، فحالة الاجتماع يكون الاستحقاق مضافًا إليهما لا إلى النسب وحد، وإذا أضيف إليهما صار الموت مقضيّا به مع التاريخ، فيجب أن لا تقبل بينة المرأة بعد ذلك.

والجواب عنه أن يقال: بل[1] الموت يصلح لإضافة استحقاق الميراث إليه إذا تأخر عن النسب إلا أن عند الاجتماع النسب أولى بإضافة الاستحقاق إليه من الموت؛ لأن النسب فى الأصل مشروع لا استحقاق استحقاق شرف ونفقة، وكثير من الأمور، ولا يخلو إثبات النسب عن استحقاق شيء من الحقوق التى ذكرنا، فأما الموت غير مشروع للاستحقاق لامحالة، بل مشروع لإبطال الحياة حتى يتحقق من غير إيجاب حق أصلا لأحد، فتكون الإضافة إلى النسب أولى إذا ثبتا معًا، وقد يجوز أن يضاف الحكم إلى الشيء حالة الانفراد، ثم مع غيره لا يضاف إليه، بل يضاف إلى ذلك الغير، كالحفر يصلح سببًا لإضافة التلف إليه فى حق إيجاب الضمان حالة الانفراد، فإذا وجد مع الدفع كان الدفع أولى بإضافة التلف إليه، فكذلك فى مسألتنا إذا اجتمع الموت والنسب، يُضاف الاستحقاق إلى النسب، وإن كان يضاف إلى الموت إذا انفرد وتأخر عن النسب، وإذا أضيف استحقاق الميراث إلى النسب، لم يصر الموت مقضيّا به، لا فى حق إضافة استحقاق الميراث، ولا فى حق إمكان القضاء بالنسب؛ لأن الإنكار يثبت بدون الموت أصلا، وإليه أشار محمد فى الكتاب، فإنه قال فى مسألة الموت: لأنى لم أوجب بموته، يعنى لم أقض بموته، قالوا: وقال: فى مسألة مكة وخراسان؛ لأنى جعلته فى ذلك اليوم بمكة، أى قضيت بكونه بمكة ضرورة إمكان القضاء بالنكاح، فهذا فرق محمد.

وكذلك لو أقامت امرأة أخرى البينة بعد ما قضيت بموته فى توريث امرأته أنه

---

(١) وفى الأصل بلى.

تزوجها بعد ذلك الوقت، فإنه تقبل بينتها؛ لما ذكرنا أن الموت لم يصر مقضيًا به، لا فى حق إضافة استحقاق الميراث، ولا فى حق إمكان القضاء بالنكاح؛ لأن القضاء بالنكاح ممكن بدون الموت، وإذا لم يصر الموت مقضيًا به، لم يصر التاريخ مقضيًا به، فكان الأولى أثبت العقد والموت، والثانية كذلك ولم يؤرّخا، ولو كان كذلك قضى بالأمرين؛ لأنه لا تنافى بينهما، فكذلك هذا، وبهذه المثلية يبطل ما يقول بعض المشايخ فى الفرق بين مسألة الموت بمكة وخراسان: إن بينة المرأة إنما قبلت؛ لأن فيها زيادة إثبات، وهى إيجاب المهر ليس ذلك فى بينة الابن، والأولى إنما يترجح بالقضاء حال تعذر العمل بهما إذا لم يكن فى الثانية زيادة إثبات.

بخلاف مسألة مكة وخراسان؛ لأنهما استويا فى الإثبات، وبين الأمرين تنافٍ، فترجحت الأولى بالقضاء؛ لأن هذا يشكل بما لو أقامت امرأة أخرى بينة أنه تزوجها بعد ذلك الوقت، ثم مات، فإنه تقبل بينة المرأة الثانية، والمرأتان قد استويا فى الإثبات، ويشكل بمسألة القتل العمد، فإنه لا تقبل بينة المرأة، وإن كان فى بينتها زيادة إثبات؛ ولأن الثانية متى ترجحت بسبب الزيادة تبطل الأولى.

وإن اتصل بها القضاء متى كان بين الأمرين منافاة، كما فى مسألة العمّ والأب من قبيلتين مختلفتين، وههنا القضاء للابن لا يبطل علمنا أن الصحيح من الطريقة ما أشار إليها محمد.

١٥٠٤٢- وفى "المنتقى": إذا شهد الشهود على رجل أنه قتل أب هذا عمدًا، ولا وارث له غيره، وأن القتل كان فى شهر ربيع الأول سنة خمس وثمانين ومائة، وأقام المدعى عليه بينة أن أباه كان حيًا، وأنه أقرضه فى محرم سنة ست وثمانين ومائة مائة درهم، وأنها له عليه دَين، فالبينة بينة الابن؛ لأنهما أمران لا يستقيم أن يكونا، فيؤخذ بالوقت الأول، إلا أن أبا حنيفة استحسن فى هذا الباب شيئًا واحدًا، فقال: إذا أقام الابن البينة أن هذا قتل أباه عمدًا بالسيف منذ عشرين سنة، وأنه لا وارث له غيره، وجاءت امرأة، وأقامت البينة أنه تزوجها منذ خمس عشرة سنة، وأن هذا ولده منها، وأن هذا وارثه مع ابنه هذا، قال أبو حنيفة: أستحسن فى هذا أن أجيز بينة المرأة، وأبطل بينة الابن على القتل.

١٥٠٤٣- ولو أقامت المرأة البينة على النكاح، ولم تأت بولد، فالبينة بينة الابن، والميراث للابن دون المرأة، وبقتل القاتل إنما أستحسن فى النسب خاصة، وهو قول أبى يوسف ومحمد.

١٥٠٤٤- ولو شهدوا أن أباه مات فى هذه الدار، لا تقبل الشهادة، .

١٥٠٤٥- والأصل فى جنس هذه المسائل أن الشهود إذا شهدوا على فعل من المورّث فى العين عند موته، فهذا على وجهين : إما إن شهدوا بفعل هو دليل اليد، أو بفعل هو ليس بدليل اليد، فالذى هو دليل اليد فى النقليات فعل لا يتصور ثبوته بدون القتل كاللبس والحمل، أو فعل يحصل عادة للنقل، كالركوب فى الدواب، وفى غير النقليات دليل اليد فعل يوجد من الملاك فى الغالب، كالسكنى فى الدور، فهذا النوع من الفعل إذا قامت البينة على وجوده من المورّث فى العين عند موته يقضى بالمدعى للمدعى ؛ لأن هذه الأفعال لما كانت دليل اليد، صارت الشهادة عليها عند الموت والشهادة على اليد سواء، والذى ليس بدليل اليد فى النقليات فعل يتأتى بدون النقل، ولا يحصل فى الغالب للنقل، كالجلوس على البساط، وفى غير النقليات الذى ليس بدليل اليد فعل يوجد فى غير الملاك فى الغالب كالجلوس والنوم فى الدار، فهذا النوع من الفعل إذا قامت الشهادة على وجوده من المورّث فى العين عند موته لايقضى بالعين للمدعى ؛ لعدم دليل الملك، وعدم دليل اليد التى هى دلالة الملك، إذا ثبت هذا جئنا إلى مسائل، فنقول : إذا شهد الشهود أن أباه مات، وهو لا لبس هذا القميص أولا لبس هذا الخاتم، تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما فعلان لا يتهيأ ثبوتهما إلا بالنقل، وهو دليل اليد.

١٥٠٤٦- وكذلك لو شهدوا أنه مات وهو حامل لهذا الثوب، تقبل الشهادة ؛ لأن الحمل لايتهيأ بدون النقل أطلق محمّد هذا الجواب فى الخاتم، وحكى عن القاضى أبى الهيثم عن القضاة الثلاثة أنهم كانوا يفصّلون الجواب فى ذلك، ويقولون : إن شهدوا أن الخاتم كان فى خنصره أو بنصره يوم الموت، تقبل الشهادة.

وإن شهدوا أنه كان فى السبابة، أو فى الوسطى، أو فى الإبهام، لا تقبل الشهادة، لكن الصحيح أن يجرى على إطلاقه، كما ذكر محمد؛ لأن الفعل الذى لا يتهيأ إلا بالنقل والتحويل فى النقليات أقيم مقام اليد على ما مرّ، وليس الخاتم فى أى

إصبع، كان لا يتهيأ إلا بالنقل والتحويل.

١٥٠٤٧- ولو شهدوا أن أباه مات وهو راكب على هذه الدابة، قضى بالدابة للوارث، وإن كان الركوب يتحقق بدون النقل إلا أنه لا يحصل في الغالب إلا بالنقل.

ولو شهدوا أن أباه مات وهو ساكن في هذه الدار، تقبل الشهادة؛ لأن السكنى إنما يكون من المالك غالبًا؛ لأن الساكن في الدار من إليه إسكان غيره، وإزعاجه، وفتح الباب وإغلاقه، وهذا عادة لا يكون إلا من الملاك.

وعن أبي يوسف برواية المعلى عنه: إذا شهدوا أن فلانًا مات وهو ساكن في هذه الدار، لا يقضي بالدار لورثته، ولو شهدا أن أباه مات في هذه الدار، لا تقبل الشهادة؛ لأنه ليس بفعل يفعله الملاك غالبًا؛ لأن الدار قد يموت فيها الملاك، وغير الملاك كالضيفان، فلا يكون دليلا على اليد، بخلاف السكنى على ما مرّ.

ولو شهدا أن أباه مات وهو قاعد على هذا الفراش، أو على هذا البساط، أو قائم عليه، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه الأفعال تتصور بدون النقل، فلا يكون دليلا على اليد.

١٥٠٤٨- ولو شهدوا أن أباه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه، ولم يشهدوا أنه كان حاملا له، لا تقبل هذه الشهادة، ولا يقضى للوارث؛ لأن الوضع قد يكون منه، فيثبت منه النقل والتحويل، فيكون ذلك دليل يده، وقد يكون من غيره، فلايثبت منه النقل والتحويل، فلايكون ذلك دليل يده، فقد وقع الشك في يده، فلا يثبت يده بالشك حتى قالوا: لو شهدوا أنه كان مات، وهو الواضع على رأسه، تقبل شهادتهم؛ لأن الوضع منه فعل لا يتأتى إلا بالنقل، فكان دليلا على اليد، هكذا حكى عن القاضي أبي الهيثم.

ثم قال محمد عقيب هذه المسائل أرأيت لو أن رجلا في يديه دار، قال لآخر: كنت أمس ساكن هذه الدار، فقال الآخر: صدقت وهي لي، فقال المقر: ليست لك كان للمقر له بالسكنى أن يأخذها، أشار إلى ما قلنا: إن السكنى دليل الملك، فكان الإقرار بالسكنى إقرارًا له بالملك.

١٥٠٤٩- قال في دعوى "الأصل": إذا كانت الدار في يدي رجل وابن أخيه،

فادعى العم أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثًا له، لا وارث له غيره، وادّعى ابن الأخ أن أباه مات، وتركها ميراثًا له، لا وارث له غيره، قضى بالدار بينهما نصفان؛ لأن كل واحد منهما أثبت الملك لأبيه فى الدار، ثم أثبت الانتقال إلى نفسه، فكان الأبوين حيّان حضرا، وادّعى كل واحد منهما الدار لنفسه، والدار فى أيديهما، وهناك يقضى لكل واحد منهما بنصف الدار، ثم ما قضى به لأب كل واحد منهما، يصير ميراثًا لولده.

فإن قال هذا العم: هذه الدار كانت بين أبى وأخى نصفان، وصدّقه ابن الأخ فى ذلك، إلا أن العمّ، قال لابن الأخ: مات أخى قبل موت الجد، فصار النصف الذى كان لأخى ميراثًا بين الجد وبينك أسداسًا، ثم مات الجد، فورثت ذلك السدس منه، وقال ابن الأخ: مات الجد أولا، وصار النصف الذى للجد ميراثًا بينك وبين أبى نصفان، ثم مات أبى، فورثت ذلك منه، فنقول: حاصل المسألة أن العم يدعى لنفسه سُدس ما فى يد ابن الأخ، وابن الأخ يدّعى لنفسه نصف ما فى يد العم، فحصل كل واحد منهما مدعيًا ومدعى عليه، فإن لم تقم لهما بينة، ولا لأحدهما، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا برئًا، وصار الحال بعد الحلف كالحال قبل الحلف، وقبل الحلف كان الدار بينهما نصفان؛ لكونها فى أيدهما، فكذا ههنا، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر يقضى للحالف بما نكل صاحبه، وإن أقام أحدهما البينة قضى له بما شهد له بينته، وإن أقاما جميعًا البينة، قضى بالدار بينهما نصفان؛ لأنه قد ظهر الموتان، ولم يعرف سبق أحدهما، فيجعل كأنما وقعا معًا، فلا يرث ميّت من ميّت، وإنما يرث من كل ميت ورثته الأحياء ووارث الجد العمّ، فنصيبه من الدار يصير ميراثًا له، وذلك النصف و وارث الأخ ابن الأخ، فنصيبه من الدار، وذلك النصف يصير له أيضًا.

١٥٠٥٠- قال: وإذا كانت الدار فى يدى رجل، جاء رجل، وادّعى أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثًا له ولإخوته فلان وفلان وفلان، وأقام على ذلك بينة، وقال الشهُودْ: لا يعلمون له وارثًا غيرهم، وإخوته كلّهم غيّب أجمعوا على أن هذه البينة فى حق استحقاق جميع الدار للميت مقبولة؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فيما يستحق له وعليه، ألا ترى أنه لو ادّعى على الميت دينًا بحضرة أحدهم، فأقيم البينة عليه، ثبت الدين فى حق الكل، وكذلك لو ادّعى أحد الورثة دينًا على إنسان للميت، وأقام على ذلك بينة، ثبت الدين فى حق الكل، وأجمعوا على أنه يدفع إلى

الحاضر نصيب الحاضر، وأجمعوا على أنه لا يدفع إلى الحاضر نصيب الغائب.

بعد هذا قال أبو يوسف ومحمد: يؤخذ نصيب الغائب من ذي اليد، ويوضع على يدي عدل، وقال أبو حنيفة: لا يؤخذ، وأجمعوا على أن صاحب اليد لو كان مقرّا لا يؤخذ نصيب الغائب من يده.

هذا هو الكلام في العقار، وأما المنقول فلا شك أن على قولهما يؤخذ نصيب الغائب من يده، وأما على قول أبي حنيفة: فقد اختلف المشايخ فيه، وإنما اختلفوا لاختلافهم في علة أبي حنيفة في فصل العقار، فمن قال بأن طريق أبي حنيفة في فصل العقار أن هذا مال غائب، لا يخشى عليه التلف بإنكار ذي اليد، فلا يأخذه القاضي من يد صاحب اليد؛ لأن الأخذ لايفيد حينئذٍ، وبهذا الطريق لا يؤخذ إذا كان صاحب اليد مقرّا.

بيانه: أنه لا يخشى عليه التلف بإنكار ذي اليد؛ لأن التوى بعد قضاء القاضي بإنكار ذي اليد إنما يكون بموت القاضي، أو بموت الشهود الذين عاينوا القضاء، أو بنسيان القاضي القضاء، وضياع الكتاب، وكل ذلك نادر، ولا عبرة للنادر في الشرع، فهذا القائل يقول: لاينزع المنقول من يد صاحب اليد عنده؛ لأنه لا يخشى عليه التلف بإنكار ذي اليد.

ومن قال: بأن طريق أبي حنيفة في العقار أن القاضي لا يملك حفظ هذا المال على الغائب بالبيع، فلا يملك حفظه بالنقل من يد إلى يد، يقول: بأن المنقول يُنزع من يد صاحب اليد؛ لأن القاضي يملك حفظ المنقول على الغائب بالبيع، فيملك الحفظ بالنقل من يد إلى يد، ثم في فصل العقار إذا حضر الغائب، هل يحتاج إلى إعادة البينة؟ قال بعض مشايخنا: يحتاج، والأصح أنه لا يحتاج؛ لما ذكر أن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت، والحاضر أثبت كل الدار للميت لما أقام البينة، فلايحتاج الغائب إلى إعادة البينة.

١٥٠٥١- قال محمد في "الجامع": رجلان أقام كل واحد منهما بينة على دار في يد رجل أنها كانت كأبيه، مات وتركها ميراثًا له، لا يعلمون له وارثًا غيره، وأحد هذين الرجلين ابن أخ ذي اليد ووارثه، لا وارث له غيره، فلم تُزَكِّ البينتان حتى مات المدعى

عليه، فصارت الدار فى يد ابن أخيه، ولم يُوص إلى أحد، ثم إن البينتين زكيتا، فالقاضى يقضى بالدار بين ابن الأخ وبين الأجنبى نصفين، والمسألة مع فروعها تأتى فى كتاب الدعوى.

١٥٠٥٢- وفى "المنتقى": رجل توفى، فادعى رجلان ميراثه، يدعى كل واحد منهما أن الميت مولاه أعتقه، لا وارث له غيره، وأقام البينة على ما ادّعى، ولم يوقتوا للعتق وقتًا، فالميراث بينهما، ولو وقّتوا للعتق وقتًا، فصاحب الوقت الأول أولى.

١٥٠٥٣- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: رجلان أخوان فى أيديهما دار، فأقام أحدهما بينة أن هذه الدار كانت لأمى، ماتت وتركتها ميراثًا بينى وبين أبى أرباعًا، ثم مات الأب، وترك ذلك الربع بينى وبينك، وأقام الآخر بينة أن هذه الدار كانت لأبى، مات وتركها ميراثًا بينى وبينك، قال: آخذُ بينة الذى ادّعى ثلاثة أرباع الدار لنفسه، ولا أقبل بينة الآخر؛ لأن الآخر يدّعى النصف لنفسه، وهى فى يده، فلايدعى شيئًا مما فى يد مدّع ثلاثة الأرباع، فلا تسمع بينته، ومدع ثلاثة الأرباع يدّعى لنفسه بعض ما فى يد الآخر، فتقبل بينته، فيكون له ثلاثة أرباع الدار من قبل أمه، ونصف الربع الآخر له من قبل أبيه، ونصف الربع الآخر للآخر؛ لأنه يدعى ذلك لنفسه، ولا منازع له فيه.

١٥٠٥٤- المعلى عن أبى يوسف: رجل أقام بينة على ميت أنه أخوه لأبيه وأمه، لايعلمون له وارثًا غيره، وأقامت امرأة بينة أنها ابنة الميت جعلت الميراث بينهما نصفان، ولا أسألها بينة أنهم لا يعلمون لها وارثًا غيرها، ألا ترى أن رجلا لو مات، وترك ابنًا، وشهد الشهود أنهم لايعلمون له وارثًا غيره، ثم ادعى غيره أنه ابنه، وكل أحد أقام بينة على نسبه، أشركته فى الميراث، ولا أسأله بينة على عدد جميع الورثة.

١٥٠٥٥- قال: وإذا ادعى رجل دارًا ميراثًا من أبيه وأمه، ولم يذكر اسم المورّث ونسبه، حُكى عن شمس الأئمة الأوزجندى أنه لا يسمع دعواه.

١٥٠٥٦- فى "فتاوى أبى الليث": رجل زوّج ابنه امرأة، وسمى لها منزلا، وباعه منها بيعًا صحيحًا، ثم إن هذا الرجل مات، وادعى ورثته أن أباهم باع هذا المنزل من فلان قبل أن يسميه لها، يعنى قبل أن يبيعها من امرأة الابن، فإنهم لا يصدقون على

ذلك، والمنزل لها، وعلى فلان أن يقيم البينة على شراءه قبل تاريخ شراء المرأة، ولا تقبل شهادة الورثة في ذلك؛ لأنهم يريدون بشهادتهم إبراء أنفسهم عن عهدة شراء المرأة، فإن المرأة لو وجدت بالمنزل عيبًا، ردته عليهم وخاصمتهم.

١٥٠٥٧- قال: رجل ادعى دارًا في يدي إنسان، وقال في دعواه: هذه الدار كانت لأمي فلان، مات وتركها ميراثًا لي ولأختي فلان، لا وارث له غيرنا، وترك ثيابًا ودوابًا، فقسمنا الميراث، ووقعت هذه الدار في نصيبي بالقسمة، واليوم جميع هذه الدار ملكي بهذا السبب، وفي يد هذا بغير حق، فدعواه صحيحة؛ لأنه ادعى جميع الدار ثلثاها بسبب الإرث، وثلثها بسبب القسمة، ولكن لابد وأن يقول: وأخذت أختي نصيبها من تلك الأموال، حتى تصح منه مطالبة المدعى عليه بتسليم كل الدار إليه، ولو كان قال في دعواه: مات أبي وتركها ميراثًا لي ولأختي، ثم إن أختي أقرت بجميعها لي، وصدقتها في إقرارها.

حُكي عن شمس الإسلام الأوزجندي أنه قال: دعواه صحيحة، والصحيح أن لا يصح دعواه في الثلث؛ لأن هذا دعوى الملك في الثلث بسبب الإقرار، ودعوى الملك بسبب الإقرار غير صحيح، عليه عامة المشايخ، والمسألة في "الأقضية".

سئل شمس الإسلام الأوزجندي عمّن ادّعى على آخر عينًا في يده، وقال: هذا كان ملك أبي، مات وتركها ميراثًا لي ولفلان ولفلان، سمّى الورثة، ولم يبيّن حصة نفسه، صح منه هذا الدعوى، وإذا أقام البينة على هذا الوجه، قبلت بينته، ولكن إذا آل الأمر إلى المطالبة بالتسليم، لابد وأن يبين حصته؛ لأنه لا يملك المطالبة بالتسليم إلا بقدر حصته، فيبين حصته عند ذلك، ولو كان بين حصته، ولكن لم يبين عدد الورثة، بأن قال: مات أبي وترك هذا العين ميراثًا لي ولجماعة سواي، وحصتي منه كذا، وطالبه بتسليم ذلك، لا تصح منه الدعوى، ولا بدّ من بيان عدد الورثة؛ لجواز أنه لو بيّن كان نصيبه أنقص مما سمّى.

١٥٠٥٨- وإذا شهد الرجل بوراثة الرجل، وقال: لا وارث لهذا الميت غيره، أو قال: لا أعلم له وارثًا غيره، ثم شهد بعد ذلك بوراثة رجل آخر عن هذا الميت، قبلت هذه الشهادة؛ لأن قوله لا وارث له غيره، لا نعلم له وارثًا غيره، ليس من صلب

الشهادة، بل هو أمر زائد؛ لأن الشهادة مقبولة بدونه على ما مر، فصار ذكره ولا ذكره سواء، ولأن التوفيق ممكن، فإنه يمكن أن يقول: ما علمت له وارثًا آخر حال ما شهدت، ثم علمت بعد ذلك.

١٥٠٥٩- ذكر فى دعوى "المنتقى": دار فى يدى رجل ادعى أنها بينه وبين الذى فى يديه نصفان ميراثًا عن أبيه، وجحد ذلك الذى فى يديه، وادّعى أن كلا له، فجاء المدعى بشهود شهدوا أن هذه الدار كانت لأب المدعى فلان، مات وتركها ميراثًا له خاصة، لا وارث له غيره، قال: إن لم يدع المدعى أن النصف خرج إلى الذى الدار فى يديه بسبب من قبله، فشهادة شهوده باطلة، وإن قال: قد كنت بعت نصفها بألف درهم، لم يصدقّه القاضى على البيع، ولم يجعله مكذبًا لشهوده، وقضى له بنصف الدار ميراثًا عن أبيه، وإن أحضر بينة على أنه باع النصف من المدعى عليه بألف درهم، وأنه صالحه من الدار على أن يسلم له النصف منها، قبلت بينته على ذلك، وقضى بالدار كلها ميراثًا للمدعى من أبيه، وقضى بنصف الدار بيعًا من المدعى عليه إن كان ادّعى البيع، وكان للمدعى على المدعى عليه الثمن، وإن كان أقام البينة على الصلح، أبطلت الصلح، ورددت الدار كلها إلى المدعى؛ لأنه لم يأخذ النصف عوضًا.

الفصل التاسع
فى الشهادة على الشهادة

١٥٠٦٠- الأصل : إن كل ما ثبت بشهادة النساء مع الرجال، ثبت بالشهادة على الشهادة؛ لأن الشهادة على الشهادة نظير شهادة النساء مع الرجال؛ لأن المتمكن فى الشهادة على الشهادة تهمتان، تهمة الكذب فى الأصول، وتهمة الكذب فى الفروع، والمتمكن فى شهادة النساء مع الرجال تهمتان أيضًا، تهمة الكذب بسبب عدم العصمة، وتهمة الضلال والنسيان، فكانا نظيرين إلا أن الشهادة على الشهادة إنما تقبل حالة العجز عن شهادة الأصول، وشهادة النساء مع الرجال[1] تقبل مع القدرة على شهادة الرجال؛ لأن شهادة الفروع بدل من كل وجه؛ لأن الفرع لم يعاين سبب الحق، إنما عاين الأصل، فأما شهادة النساء نظير شهادة الرجال من حيث معاينة الحق، وإنما البدلية من حيث الصورة، فلهذا افترقا.

١٥٠٦١- وإنما يقع العجز عن شهادة الأصول بأحد أسباب ثلاثة : إما بموت الأصول، أو بمرض الأصول مرضًا لا يستطيع الحضور معه مجلس الحكم، أو بغيبة الأصول غيبة سفر، هكذا ذكر صاحب الأقضية والشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى والشيخ القاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهرزاده، وعن أبى يوسف : أن الأصل إذا كان فى موضع لو حضر مجلس الحكم، وشهد لا يمكنه البيتوتة فى أهله، جازت الشهادة على الشهادة، وإن أمكن البيتوتة فى منزله، لا تجوز الشهادة على الشهادة؛ لأن الشاهد فى هذه الصورة لا يكلف بالحضور مجلس الحكم لأداء الشهادة؛ لأنه يحرج بالبيتوتة فى غير أهله، والشاهد محتسب فى أداء الشهادة، والمحتسب لا يكلف بما فيه حرج، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة فى هذه الصورة لتعطلت الحقوق، وكثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية.

١٥٠٦٢- ورُوى عن محمد : أن الشهادة على الشهادة تجوز كيفما كان، حتى

(١) وفى ف : وشهادة النساء مع القدرة على شهادة الرجال.

رُوِى عنه إذا كان الأصل فى زاوية المسجد، فشهد الفروع على شهادته فى زاوية أخرى من ذلك المسجد، تقبل شهادتهم.

١٥٠٦٣- وذكر القاضى الإمام ركن الإسلام على السعدى والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى فى "شرح أدب القاضى" للخصاف: إذا شهد الفروع على شهادة الأصول، والأصول فى المصر، يجب أن يجوز على قولهما، وعلى قول أبى حنيفة: لا يجوز، بناءً على أن التوكيل بغير رضى الخصم عند أبى حنيفة لا يجوز، وعندهما: يجوز.

وجه البناء[1] على تلك المسألة أن الجواب فى تلك المسألة مستحق على تلك المسألة المدعى عليه بلسانه، فاستحق عليه الحضور مجلس الحكم للجواب، كما أن فى هذه المسألة استحق على الشاهد أداء الشهادة، فاستحق عليه الحضور مجلس الحكم لأداء الشهادة.

ثم عند أبى حنيفة لما لم يملك المدعى عليه إنابة غيره مناب نفسه فى الجواب إلا بعذر، فكذا لا تملك الأصول إنابة غيره مناب نفسه فى الشهادة إلا بعذر، وعندهما لما ملك المدعى عليه إنابة غيره مناب نفسه فى الجواب من غير عذر، فكذا تملك الأصول إقامة الفروع مقام نفسه فى أداء الشهادة من غير عذر.

١٥٠٦٤- وفى "نوادر هشام": قال: سألت محمداً عن رجل خرج، وتبعه قوم وهو يريد مكة، أو سفرا آخر سمّاه، ثم ودعه القوم، أو انصرفوا، ثم شهد قوم على شهادته، وادعى المشهود عليه أنه حاضر، وقد شهدت البينة على ما سمّينا، ولم يزيدوا على ذلك، هل تقبل الشهادة على الشهادة؟ فى قول مَن لا تقبل الشهادة على حاضر قال: بلى؛ لأن الغيبة تكون هكذا، وإن كان ودّعهم وهو فى منزله، لم يرَوه حين خرج، لا أقبل شهادتهم؛ لأنه كان فى منزله.

هذا هو الكلام فى طرف الأداء جئنا إلى طرف الإشهاد، فنقول: الإشهاد على الشهادة صحيح، وإن كان الأصل فى المصر بلا خلاف، حتى إذا غاب الأصل بعد ذلك، أو مات، فالفرع يشهد على شهادته، وتقبل شهادته؛ لأن العبرة بحالة الأداء؛

---

(١) وفى ف: وجه ذلك البناء.

لأن الحكم يقطع عند الأداء فيشترط غيبة الأصيل حالة الأداء .

وإن كان الأصل محبوسًا فى المصر ، فأشهد على شهادته ، هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته ، وإذا شهد عند القاضى ، فالقاضى هل يعمل بشهادته؟ لا ذكر لهذه المسألة فى شيء من الكتب ، وقد اختلف مشايخ زماننا فيه ، بعضهم قالوا : إن كان محبوسًا فى سجن هذا القاضى ، لا يجوز ؛ لأن القاضى يخرجه من السجن حتى يشهد ، ثم يعيده إلى السجن ، وإن كان محبوسًا فى سجن الوالى ، ولا يمكنه من الإخراج من الحبس للشهادة ، تجوز الشهادة على الشهادة ؛ لأن عجزه بسبب الحبس أبلغ من عجزه بسبب المرض ، فإذا جازت الشهادة على الشهادة بعذر المرض ، فكذلك بعذر الحبس .

ويستدل هذا القائل بمسألة التوكيل بغير رضى الخصم على مذهب أبى حنيفة ، فإن التوكيل بغير رضى الخصم على مذهبه لا يجوز إلا بعذر ، وجعل الحبس فى سجن الوالى عذرًا كالمرض حتى قال بجواز التوكيل من غير رضى الخصم إذا كان المطلوب محبوسًا فى سجن الوالى ، كما قال بجوازه إذا كان المطلوب مريضًا .

وقد قيل : ينبغى أن لا يجوز ، ويستدل هذا القائل بما ذكر محمد فى كفالة الأصل إذا كان المكفول بالنفس محبوسًا بالدين فى سجن القاضى ، هل يؤاخذ الكفيل به؟ يُنظر إن كان محبوسًا فى سجن هذا القائل الذى تخاصما إليه ، لايؤاخذ الكفيل به ، وإن كان محبوسًا فى سجن قاضٍ آخر فى مصر آخر ، يؤاخذ الكفيل ، وإن كان محبوسًا فى سجن قاضٍ آخر فى المصر الذى وقعت فيه الكفالة ، أو كان محبوسًا فى سجن والى هذا المصر ، فالقياس أن يؤاخذ الكفيل بتسليم النفس ؛ لأن المكفول بالنفس ليس فى يد هذا القاضى حقيقة ، وهذا ظاهرًا ولا حكمًا ؛ لأن سجن الوالى سجن قاضٍ آخر ، ليس فى يد هذا القاضى حتى يجعل من فى السجن كأن فى يده ، فيطالب الكفيل بالنفس بالتسليم إذا كان قادرًا عليه ، وهو قادر على تسليمه بأن يؤدّى ما عليه ، وفى الاستحسان : لا يطالب الكفيل بتسليمه ؛ لأن سجن أمير البلد ، وسجن قاضى آخر فى هذا البلد بمنزلة سجنه ؛ لأن له ولاية على أهل المصر كلهم ، إلا أنه نصب قاضٍ آخر من جانب آخر ، إذا كانت البلدة عظيمة ؛ لأنه ربما لا يمكنه القيام بأمور جميع أهل البلدة ، أو

يتعذر على الناس الذهاب من جانب إلى جانب لبُعد المسافة، لا لقصور ولاية هذا القاضى عن بعض أهل المصر، وإذا كان كذلك صار سجن القاضى الآخر فى هذا المصر، وسجن الوالى بمنزلة سجن هذا القاضى، ألا ترى أن سجن الوالى جعل كسجن هذا القاضى فى أن لايطالب الكفيل بتسليم المكفول به، فكذا فى حق الشهادة على الشهادة يجعل سجن الوالى، كسجن هذا القاضى ولو كان الأصل فى سجن هذا القاضى لم تجز الشهادة على الشهادة، فكذا إذا كان فى سجن هذا الوالى.

ثم جواز الشهادة على الشهادة استحسان أخذ به علماءنا، والقياس يأبى جوازها؛ لأنه لا يمكن تجويزها بطريق نيابة الفروع عن الأصول؛ لأن الشهادة فرض يتأدّى بالبدن، وفى مثله لا تجرى النيابة، كما فى الصوم والصلاة، ولا يمكن تجويزها باعتبار أنه يقع العلم للفروع بشهادة الأصول؛ لأن شهادة الأصول وجدت فى غير مجلس القاضى، والشهادة فى غير مجلس القاضى لا تفيد علمًا يوجب العمل، ولا يمكن تجويزها من حيث إن الفروع بشهادتهم يثبتون شهادة الأصول؛ لأن الشهادة ليست من قبيل الحقوق التى يمكن إثباتها بالشهادة عند القاضى.

١٥٠٦٥- ألا ترى أن الشاهد إذا أنكر أن يكون له شهادة لفلان، فأراد المشهود أن يثبت ذلك بالبينة، لا يقدر عليه، إلا أنا استحسنا، وقلنا: بجوازها لتعامل الناس، والناس إنما يعاملون ذلك لإحياء الحقوق؛ لأن الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة، إما بالموت، أو بالسفر، فلو لم تجز الشهادة لبطلت الحقوق، وطريق الجواز أن ينقل الفروع بشهادتهم شهادة الأصول عند القاضى، ويقع القضاء بشهادة الأصول القائلة فى مجلس القاضى بنقل الفروع إياها فى مجلس القاضى.

ومن جملة ما عمل فيها بالقياس القصاص والحدود، حتى قلنا: لا تجوز الشهادة على الشهادة فى القصاص والحدود، قال محمد فى الكتاب: بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعى، والمعنى فيه أن فى الشهادة على الشهادة زيادة شبهة، إما لأن الخبر إذا تداولته الألسنة، تتمكن فيها زيادة ونقصان، أو لأنه تمكن فى الشهادة تهمة الكذب فى موضعين، والحدود والقصاص لا تجب مع الشبهات.

١٥٠٦٦- وفى شهادة "الأصل": لو شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضٍ

كذا ضرب فلانًا حداً في قذف، فهو جائز، وذكر في ديّات "الأصل": أنه لا يجوز، وجه ما ذكر في الشهادات أن الشهادة على الشهادة قامت على استيفاء الحد، لا على إيجابه، واستيفاء الحد يثبت بالشهادة على الشهادة إنما لا يثبت الإيجاب.

وإنما قلنا: إنها قامت على استيفاء الحد؛ لأنهم شهدوا أنه حدّه حد القذف، وحدّ القذف يثبت بالجلد، ورد الشهادة والجلد قد استوفى، وردّ الشهادة استوفى فيما مضى، إنما لم يستوف إنما لم يستوفِ في المستقبل، فكان المستوفى أكثر، وعلى رواية الديات: اعتبر ما يستقبل من المدة، وفيما يستقبل من المدة رد الشهادة لم يستوفِ بعد، فتكون شهادة على إيجاب الحد بهذا القدر، والشهادة على الشهادة لا تقبل في إيجاب الحد، قل أو كثر، ولا يثبت شهادة الأصلين عند القاضي ما لم يشهد على شهادة كل واحد منهما اثنان من الفروع.

١٥٠٦٧- وقال مالك: إذا شهد على شهادة كل أصل فرع واحد كفاه، والكلام بيننا وبينه في هذه المسألة فرع لمسألة أخرى بيننا وبينه أن الفرعين إذا سمعا شهادة الأصلين بحق من الحقوق، وهما عدلان، هل يحل للفرعين أن يشهدا بأصل الحق؟ فيقولان: نشهد أن لفلان على فلان كذا، ولا ينقلان شهادة الأصل، فعلى قول علمائنا: لا يحل لهما ذلك، بل ينقلان شهادة الأصلين، وعلى قول مالك: يحل لهما أن يشهدا بأصل الحق، ويقضي القاضي بشهادتهما، فإذا كان على قوله، يقضي بشهادة الفرعين بأصل المال، فلأن يقضي بشهادتهما، وقد شهد كل واحد بشهادة الأصل أولى.

وعندنا الفرع لا يشهد على أصل الحق، ولكن ينقل شهادة "الأصل" إلى مجلس القاضي، ونقل الشهادة إلى مجلس القاضي لا يثبت إلا بشهادة الشيء كنقل الإقرار ونقل البيع وسائر التصرفات.

وجه قوله في تلك المسألة: إن شهادة العدلين في إفادة العلم بمنزلة معاينة سبب أصل الحق والإقرار به، ألا يرى إلى ما ذكر في كتاب الاستحسان: إذا شهد عند المرأة عدلان أن زوجها طلقها ثلاثًا، فإنه لا يحل لها أن تمكّن نفسها من زوجها، كما لو سمعت الطلاق من زوجها، أو أقر الزوج أنه طلقها ثلاثًا، ولو عاين الفرعان سبب

الحق، أو إقرار من عليه الحق، حل لهما الشهادة بأصل الحق، فكذا هذا.

وعلماءنا احتجوا في هذه المسألة بما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين، وينقل عن غيره خلاف، واحتجوا في تلك المسألة.

وقال: القياس أن لا تكون الشهادة حجة، وإنما جعل حجة شرعًا، إذا اتصل بها قضاء القاضي، فبدون اتصال القضاء لا يكون حجة، فلا يصير العلم بأصل الحق، فلا تحل له الشهادة بأصل الحق، وليس كمسألة الطلاق؛ لأن في الطلاق حق الله لما فيه من تحريم الفرج، ولهذا قبلت الشهادة عليه من غير دعوى، وحق الله تعالى يثبت بقول شاهد واحد، إذا كان عدلا بلفظ الخبر من غير قضاء قاضٍ، كما في حرمة الأكل، فإنها تثبت بقول الواحد العدل حتى إن عدلا لو أخبر أن هذا اللحم متروك التسمية، أو ذبيحة مجوسي محرم تناوله؛ لأن حرمة الأكل من حق الله تعالى؛ لأن في الطلاق[1] حق العبد أيضًا، وهو إزالة ملك النكاح، فأثبتنا إما هو حق الله تعالى وهو الحرمة بنفس الشهادة قبل القضاء، ولم يثبت ما هو حق العبد ما لم يتصل القضاء بالشهادة.

١٥٠٦٨- ولو شهد فرعان على شهادة أصلين جاز؛ لأن شهادة كل أصل يثبت بشهادة الشيء، ولو شهد رجل بأصل الحق، ثم شهد هو مع فرع شهادة أصل آخر، فالقياس أن يقضى بهذه الشهادة؛ لأن شهادة الأصل الغائب قد ثبت بشهادة الفرعين، فكان الأصل الغائب حضر بنفسه، وشهد مع هذا الأصل الآخر.

وفي الاستحسان: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن شهادة الأصل الغائب لم تثبت عند القاضي، فكأنه شهد عنده أصل واحد، ولو كان كذلك، لا يقضى بالمال، فكذا هذا، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة؛ لأنه لو قبل أدى إلى أن يثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق: نصف الحق بشهادته، وربع الحق بشهادته مع آخر على شهادة الغائب، ولا يجوز أن يثبت بشهادة واحدة ثلاثة أرباع الحق، كما لا يجوز أن يثبت به أصل الحق، وإذا لم يقبل شهادته على شهادة الأصل الغائب بقي على شهادة الأصل الغائب شاهد واحد، وبالشاهد الواحد لا يثبت شهادة

(١) وفي "ف": إلا أن الطلاق.

الأصل .

١٥٠٦٩- قال محمد في "الجامع الكبير" : لو أن رجلين سمعا من رجلين يقولان : نشهد أن لفلان على فلان كذا، لم يسعها أن يشهدا على شهادة الرجلين ، حتى يقولا لهما : اشهدا على شهادتنا .

١٥٠٧٠- ولو سمعا قاضيًا يقول لرجل : قضيت عليك لهذا الرجل بكذا، وسعهما أن يشهدا على قضاءه ، وإن لم يقل لهما القاضي : اشهدا على قضاءى ، فقد شرط لصحة تحمل الشهادة على الشهادة الأمر بالشهادة ، ولم يشترط لصحة تحمل الشهادة على القضاء الأمر بالشهادة .

واختلفت عبارة المشايخ في الفرق ، بعضهم قالوا : قضاء القاضي ، وقوله : حجة ملزمة للمال على المدعى عليه بمنزلة الإقرار وسائر الأفاعيل والأقاويل الملزمة ، وقد عاين ذلك بنفسه ، ومن عاين حجة ، أو سمعها وسعه أن يشهد عليه بدون إشهاده[1] ، فأما الشهادة غير حجة إلا في مجلس القاضي ، فلا يحصل العلم للفرع بقيام الحق بمجرد شهادة الأصل في غير مجلس القاضي ، حتى يشهد الفرع على أصل الحق ، فتعذر تجويز شهادة الفرع على أصل الحق ، فتعين[2] جهة نقل شهادة الأصل إلى مجلس القاضي لجواز الشهادة على الشهادة ، فصار شاهد الفرع بمنزلة الوكيل عن الأصل ، والوكالة لا بد لها من التوكيل .

وزان مسألتنا من مسألة القضاء : ما إذا عاين قضاء القاضي في غير المصر الذي هو قاضٍ هناك ، لا يجوز له أن يشهد على قضاءه ، كذا ههنا .

وبعضهم قالوا : الأصل له منفعة في نقل الفرع شهادة من وجه ، ومضرة من وجه ومنفعة ؛ لأن الشهادة حق على الأصل يلزمه الأداء متى وجد الطلب من صاحب الحق ، كما لو كان عليه دين ، فمن هذا الوجه يكون قاضيًا ما عليه ، فيكون للأصل منفعة كما لو قضى عنه دينًا ، وجب عليه لغيره ، فبهذا الاعتبار لا يحتاج إلى الأمر ، ولكن له مضرة من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه ؛ لأنه لما عاين سبب وجوب

(١) وفي "ف" : بدون الشهادة .

(٢) وفي "ف" : معتبر .

الحق، فقد ثبت له ولاية على المشهود عليه، فإذا نقل الفرع من غير أمره لو صح النقل، زال ما ثبت له من الولاية على المشهود عليه، وإزالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه، فبهذا الاعتبار لا يصح إلا بأمره، كما قالوا فى الأجنبى : إذا زوّج ولية إنسان بغير أمره، فإنه لا يجوز، وإن قضى حقّا عليه، وله فى ذلك منفعة؛ لأنه مضرّة من وجه، فإن أزال ولايته عن وليته متى نقد عقده، وفى هذا ضرر عليه؛ لأنه إبطال حق عليه، فاحتيج إلى الأمر من جهته، فكذا هذ احتيج إلى الأمر من جهته ليصح التحمّل، وهذا المعنى لا يتأتى فى فصل القضاء، فلا يحتاج إلى الأمر.

١٥٠٧١- ولو قال رجلان لرجلين : نشهد أن لفلان على فلان ألف درهم، فاشهدا على شهادتنا بذلك، فسمع هذه المقالة رجلان آخران، لم يسعهما أن يشهدا على شهادتهما؛ لما ذكرنا أن الفرع بمنزلة الوكيل، ولا وكالة بدون التوكيل، ولا توكيل فى حق الآخرين.

قد ذكرنا أن من سمع قاضيًا يقول لرجل : قضيت عليك لهذا الرجل ألف درهم، وسعه أن يشهد على قضاءه، ولو بيّنا للقاضى، فقالا : سمعنا قاضٍ كذا، قال : قضيت عليك لهذا الرجل بكذا، ولكن لم يشهدنا على قضاءه، لا يوجب ذلك خللا فى شهادتهما.

فرق بين هذا، وبينما إذا رأى عينًا فى يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك، حل له أن يشهد له بالملك لظاهر يده، ولو بيّنا ذلك لقاضٍ أنهما شهدا بالملك له؛ لأنهما رأياه فى يده، لاتقبل شهادتهما.

والفرق : إن قضاء القاضى حجة بيقين كالمعاينة، فقد أخبرا عن معاينة ما هو حجة، فلايوجب خللا فى الشهادة، كما لو أخبرا عن معاينة الإقرار والبيع، وأما اليد فليس بدليل على الملك يقينًا، إنما كان دليل بنوع ظاهر مع الاحتمال، ولكن مع هذا كان للشاهد أن يعتمد على ذلك بالظاهر للشهادة عند عدم المنازع، ضرورة أنه لا دليل للشاهد سوى ذلك، ولا ضرورة فى حق القاضى أن يعتمد على هذا الظاهر؛ لأن فى حقه دليلا آخر أقوى، وهو الشهادة بالملك مطلقًا، كيف وأن القاضى لو اعتمد على هذا الظاهر، فإنما اعتمد عليه عند وجود المنازع؛ لأن الشهادة إنما يحتاج إليها عند وجود

المنازع، واليد ليست بحجة عند وجود المنازع، فلا يقضى بشهادتهما لهذا.

وإن بيّنا أنهما سمعا منه فى غير البلد الذى هو فيه قاضٍ، لا يقبل شهادتهما، ولا ينبغى لهما أن يشهدا؛ لأنه فى غير بلده بمنزلة سائر الرعايا، فلم يُقبل منه إقراره بالقضاء؛ لأن كلامه ليس بحجة، وقوله ليس بقضاء.

ثم إن كثيرًا من مشايخنا كالخصاف وغيره طوّلوا لفظ الشهادة على الشهادة، ولفظ أداء الشهادة، وبالغوا فيه، قالوا فى الإشهاد: يقول شاهد الأصل بين يدى شاهد الفرع: اشهد أن لفلان على فلان كذا، وأنا أُشهدك على شهادتى بذلك، فاشهد أنت على شهادتى بذلك، فيحتاج إلى خمس شيئات.

وقالوا فى أداء الشهادة على الشهادة: إن الفرع يقول بين يدى القاضى: أشهد أن فلانًا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا من المال، وأشهدنى على شهادته، وأمرنى أن أشهد على شهادته، وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن، فيحتاج إلى ثمان شيئات.

قال الخصاف وجماعة من المحققين من مشايخنا كالفقيه أبى جعفر الهندوانى وغيرهم: هذا تكلّف، وما دونه يكفى، وهو أن يقول الأصل فى الإشهاد: أشهد أن لفلان على فلان كذا، فاشهد أنت على شهادتى بذلك، فيكون ثلاث شيئات، وفى الأداء يقول شاهد الفرع بين يدى القاضى: أشهد أن فلانًا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا، وأشهدنى على شهادته، وأنا أشهد على شهادته بذلك، فيكفيه ست شيئات.

واختار الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى على لفظ آخر، وهو أن يقول فى الأداء: أشهد على شهادة فلان أن لفلان على فلان كذا، وأشهدنا فلان على شهادته، وأمرنا أن نشهد بها، فيكفيه ذكر خمس شيئات، أو يقول: أشهد أن فلانًا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا، وأشهدنى على شهادته بذلك، وأنا أشهد بذلك كله.

وفى الفتاوى للفقيه أبى الليث عن الفقيه أبى جعفر: أنه إذا قال الفرع: أشهد على شهادة فلان بكذا، جاز، ولا يحتاج إلى زيادة شىء، وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة السرخسى، وهكذا ذكر محمد فى "السير الكبير".

وحكى أن فقهاء زمان أبى جعفر كانوا يخالفون أبا جعفر فى ذلك، وكانوا يشترطون زيادة تطويل فى أداء الفرع، فأخرج الرواية من السير، فانقادوا لذلك، فلو اعتمد أحد على هذا كان فى سعة من ذلك، وهو أسهل وأيسر.

وعن أبى القسم الصفّار: أنه قال: لا بدّ للفرع أن يقول: أمرنى فلان أن أشهد على شهادته.

١٥٠٧٢- وإذا قال رجلان لرجلين: نشهد أنا سمعنا فلانًا يقر لفلان بألف درهم، فاشهدا بذلك، كان باطلا؛ لأنه إما أن يجعل المشهود به المال، وقوله: ذلك إشارة إلى المال، وأنه باطل؛ لأن قبل نقل الشهادة إلى مجلس القاضى، لم تكن شهادة الأصول موجبة للعلم، فكيف يشهد الفرع على المال؟ وإما أن يجعل المشهود به شهادة الأصول.

وقوله: ذلك إشارة إلى شهادة الأصول، وأنه باطل أيضًا؛ لأن شهادة الأصول لا تصح مشهودًا بها؛ لما مرّ، فتعين جهة البطلان فيه.

وكذلك إذا قالا: فاشهدا علينا بذلك؛ لأنه تنصيص على أن الأصل مشهود عليه، وقوله بذلك: إن كان إشارة إلى المال، فيكون هذا أمرًا بالشهادة بالمال على الأصل، وأنه لا يجوز، وإن كان إشارة إلى شهادة الأصل، فهى لا تصح مشهودًا بها، فكان باطلا.

وكذلك إذا قالا: فاشهدا علينا أنا نشهد بذلك لفلان على فلان؛ لأنهما جعلا أنفسهما مشهودًا عليهما بشهادة الفروع، وأنه باطل؛ لأنه يخالف اللفظ المنصوص، وهذا لما ذكرنا أن القياس يأبى جواز الشهادة على الشهادة، لكن تركنا القياس بالأثر وتعامل الناس، فيراعى فيه اللفظ الذى ورد به الأثر، وجرى به التعامل، وهو لفظ الشهادة على الشهادة.

وكذلك إذا قالا: فاشهدا بما شهدنا به؛ أنه إن جعل المشهود به المال، فهو باطل لما قلنا، وكذلك إن جعل المشهود به الشهادة؛ لأنها لا تصلح مشهودًا بها.

وكذلك إذا قالا: فاشهدوا علينا بما شهدنا به، أو بما أشهدنا كما به؛ لأنه تنصيص على أن الأصل مشهود عليه، وإنه باطل.

وكذلك إذا قالا : فاشهدا أن شهادتنا عليه بذلك ؛ أنه غير تام، فيحتمل أن يكون تأويل شهادتنا عليه بذلك حق، ويحتمل أنها باطل، وعلى كلا الوجهين لايجوز ؛ لأنه لم يوجد إشهادهما وتحميلهما الشهادة بالمال.

وكذلك إذا قال الأصلان : نشهد أن لفلان على فلان كذا، فاشهد أنا نشهد بذلك، أو قالا : فاشهدا علينا أنا نشهد بذلك لفلان على فلان، كان ذلك باطلا ؛ لأن قول الأصلين : فاشهدا أنا نشهد بذلك عليه يحتمل الاستقبال، يعنى اشهدا أنا نشهد فى الزمان الثانى بذلك، فيكون هذا أمرًا بالشهادة أنه وعد أن يشهدا، لا أن يكون هذا إشهادا على الشهادة، وقال أبو يوسف فى "الإملاء" : أقبل ذلك.

ووجهه أن المقصود من هذه الشهادة على الشهادة، فلو اعتبرنا المقصود يصح تصرفهما، ولو اعتبرنا الحقيقة، يبطل تصرفهما، وكلام العاقل محمول على الصحة [ما أمكن][1].

١٥٠٧٣- وإذا قال الأصلان للفرعين : نشهد أن فلانًا أشهدنا أن لفلان عليه ألفًا، فاشهدا على شهادتنا بذلك، فشهد الفرعان بما وصفت لك، وقد غاب الأصلان، فشهادة الفرعين جائزة ؛ لأنه موافق للفظ المنصوص الوارد فى باب الشهادة على الشهادة ؛ لأن قوله على شهادتنا لبيان الشهادة عليه، كما تقول : شهد على إقراره وما أشبه ذلك، وصورة الشهادة على الشهادة، وتفسيرها ليس إلا هذا.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : إذا قال الفرع : اشهد أن فلانًا أشهدنى أنه يشهد بكذا، أو قال : أشهدنى فلان أنه يشهد بكذا، فهذا باطل ؛ لانعدام اللفظ المنصوص الوارد فى باب الشهادة على الشهادة.

١٥٠٧٤- قال الخصاف فى "أدب القاضى" : وإذا شهد الرجلان عند القاضى على شهادة رجل، وصحّحا الشهادة، فينبغى للقاضى أن يسألهما عن عدالة الذى شهدا على شهادته، ولم يشترط محمد فى "المبسوط" هذا، وهو أن يسألهما القاضى عن عدالة الأصول، وإنما عرف هذا من جهة الخصاف، وهذا لأن القاضى إنما يقضى بشهادة الفروع إذا كان الأصل عدلا، أما إذا لم يكن فلا، فينبغى للقاضى أن يسأل عن ذلك

---

(١) زيد من : ف.

حتى يعرف أ يجوز له القضاء بشهادة الفرع ، فيلتفت إليها ، أو لا يجوز فلا يلتفت إليها ، فإن قالا : هم عدول أثبت ذلك في موضع شهادتهما في المحضر ، فإن كان القاضي لا يعرفهما بالعدالة ، يعني الفرعين ، سأل عنهما ، فإن عدّلا يثبت عدالة الأصل أيضًا ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية .

ورُوي عن محمد أن تعديلهما للأصل لا يكون صحيحًا ، وهكذا رُوي عن أبي يوسف ؛ لأن الفرع نائب عن الأصل ، فتعديله الأصل يكون بمنزلة تعديل الأصل نفسه ، والأصل لو عدّل نفسه ، لا يكون هذا التعديل صحيحًا ، فكذلك الفرع إذا عدله لا يعتبر .

وجه ظاهر الرواية : أن الفرع نائب عن الأصل في نقل عبارته إلى مجلس القاضي ، فكما نقل عبارته إلى مجلس القاضي ، فقد انتهى حكم الإنابة ، وصار هو بمنزلة سائر الأجانب ، فكما أن التعديل من سائر الأجانب يكون صحيحًا ، فكذلك التعديل من الفرع ينبغي أن يكون معتبرًا ، وهذا لأن الشهادة على الشهادة إنما يعرف بقول الفروع ، فأما القاضي لا يعرف الأصول ، وربما لا يظهر من يعرف الأصول ؛ لأن الشهادة على الشهادة غالبًا إنما يكون من بلدة إلى بلدة ، فلو لم يعتبر تعديل الفروع يؤدي إلى تعطيل الحقوق ، وإنما جعل الشهادة على الشهادة حجة صيانةً لحقوق الناس عن التعطيل ، وهذا المعنى يقتضي اعتبار تعديل الفروع .

فإن قالوا : هم ليسوا بعُدول ، فالقاضي لا يقضي بشهادتهما ، وإن قالا : لانعرفه ، ذكر الخصاف : أن القاضي لا يسمع شهادتهما ، وكذلك إذا قالا : لانخبرك ؛ لأنهما لما أحملا شهادتهما ، ولم يعدلا الأصول ، فكأنهما لم يصدقاهم فيما شهدوا به ؛ لأن دليل الصدق العدالة ، فصارا كأنهما قالا : إنا نتّهمهما في الشهادة ، ولو قالا : هكذا ، فالقاضي لا يقبل شهادتهما ، فكذلك هذا .

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني : أن القاضي يقبل شهادتهما ، ويسأل عن الأصل ، وهكذا رُوي عن أبي يوسف ، وهو الصحيح ؛ لأن الأصل بقي مستورًا .

وينبغي أن يذكر الفرع اسم الشاهد الأصل واسم أبيه وجده ، ذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي في شرحه : وإذا قضى القاضي بشهادة الفروع ، يجب أن يكتب في

السجل أسماء الأصول، ذكره الخصاف فى "أدب القاضى".

وفى "الأصل": ويجوز الشهادة على الشهادة فى كتب القضاة، وصورتها: أن يكتب القاضى كتابًا إلى قاضٍ آخر بحق من الحقوق، وأشهد على كتابه شاهدين، ثم بدا للشاهدين عذر، فاشهدا على شهادتهما شاهدين جاز.

١٥٠٧٥- وإذا أراد الرجل أن يشهد غيره على شهادته، ينبغى أن يحضر الطالب والمطلوب، ويشير إليهما، وإذا أراد أن يشهد عند غيبتهما، ينبغى أن يذكر اسمهما ونسبهما، وهذا لأن أداء الشهادة عند الشاهد ليتحمل الشهادة بمنزلة أداء الشهادة عند القاضى ليقضى به، فكما أن فى الشهادة عند القاضى يُعتبر الإعلام بأقصى ما يمكن، فكذلك يشترط هذا المعنى عند الشاهد ليتحمل عنه الشهادة عند القاضى، إلا أنه إذا كان المشهود عليه غائبًا، فذكر الاسم والنسب، يجوز الإشهاد، ولايكفى هذا القدر للقضاء؛ لأن القضاء للإلزام، والإلزام على الغائب لايتحقق، فلابد من الخصم للإلزام عليه بالبينة والقضاء، بخلاف الشهادة على الشهادة؛ لأن الشهادة على الشهادة ليست بموجبة شيئًا ما لم يتصل بها قضاء القاضى، فلا يتحقق فيه معنى الإلزام على الغائب، فقلنا: بأنه إذا بين الاسم والنسب، فإنه يجوز.

١٥٠٧٦- وفى "المنتقى": إذا قال الشاهد لغيره: أشهد، ولم يقل: على شهادتى، لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز؛ لأن معناه أشهد على شهادتى، وكذلك لو قال: فاشهد بذلك، ومعنى المسألة -والله أعلم- أن يحكى الرجل لغيره شهادة نفسه فى حادثة لرجل على رجل، وقال له: اشهد، أو قال: فاشهد بذلك.

١٥٠٧٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين، فقالا: نشهد أن فلانًا أشهدنا أنه يشهد أن لفلان على فلان كذا، ولم يقولا: أشهدنا على شهادته، قال أبو حنيفة: لا أقبل ذلك حتى يقولا: أشهدنا على شهادته، وقال أبو يوسف: أنا أقبل ذلك.

١٥٠٧٨- قال فى "كتاب الأقضية": وإذا أشهد الرجل رجلا على شهادته، ثم صار بحال لاتجوز شهادته، يعنى الأصل، ثم صار بحال تجوز شهادته، بأن فسق ثم تاب، ثم إن الفرع شهد على شهادة الأصل، جازت شهادته؛ لأنا إن نظرنا إلى حالة

التحمل ، فالأصل أهل للشهادة والإشهاد ، فصحّ منه التحمل ، وإن نظرنا إلى حالة الأداء ، فالأصل أهل للشهادة ، تقبل شهادته ، وكذلك إن شهد على شهادة رجل بعد ما تاب ، جازت لصحة الإشهاد باعتبار أهلية الأداء للأصل حالة الإشهاد .

وإن شهد رجلان على شهادتهما وهما عدلان ، يعنى الفرعين ، ثم صارا فاسقين ، ثم صارا عدلين ، فشهدا أو أشهدا على شهادتهما ، فهو جائز ؛ لأن تأثير الفسق فى رد الشهادة مع صحتها لا فى بطلان الشهادة .

١٥٠٧٩- وإن شهد الفرعان عند القاضى ، ورد القاضى شهادتهما لتهمة فى الأولين ، لايقبلهما بعد ذلك ، لا من الأولين ، ولا ممن يشهد على شهادتهما ؛ لأن الفرعين ينقلان شهادة الأصلين ، فصار كما لو حضر ، أو شهد ، أو رد القاضى شهادتهما لتهمة الفسق ، وهناك لاتقبل منهما تلك الشهادة بعد ذلك ، وإن تابا ، كذا ههنا ، وإن كان رد شهادة الآخرين لتهمة فيهما ، فشهادة الأولين جائزة ، إذا كانا عدلين ، وكذلك إن أشهدا رجلين عدلين آخرين ، بخلاف المسألة الأولى .

والفرق : إن فى هذه المسألة القاضى أبطل نقل الفرعين لأجل فسقهما ، أما ما أبطل شهادة الأصلين ؛ لأن شهادة الأصلين لم تصر منقولة إلى مجلسه بنقل الفاسقين ، فجازت شهادة الأصل بنفسه ، وكذلك جاز له أن يشهد غيره على شهادة نفسه ، أما فى المسألة الأولى النقل ثبت بشهادة فرعين ؛ لأنهما عدلان من أهل الشهادة ، وقد أبطل القاضى المنقول لفسق الأصلين ، فلا يقبلها بعد ذلك أصلا .

١٥٠٨٠- قال فى كتاب الوكالة : إذا أشهد الفاسقان على شهادتهما لم تجز ؛ لأن أداء الشهادة عند الفرعين كأداءهما عند القاضى ، ثم فسق الشاهد يمنع القاضى عن العمل بشهادته ، فكذا فسق الأصلين يمنع الفرعين عن نقل شهادتهما ، فإن تابا وأصلحا وشهدا بأنفسهما جاز ، وكذلك لو أشهد على شهادتهما ذلك الشاهدان أو غيرهما جاز .

١٥٠٨١- ولو أن شاهدى الأصل ارتدّا ثم أسلما ، لم تجز شهادة الفرعين على شهادتهما ، ولو شهد الأصلان بأنفسهما بعد ما أسلما ، تقبل شهادتهما ، والفرق : إن بالردّة لا يبطل أصل شهادة الأصلين ؛ لأن سبيلها المعاينة ، وذلك لا ينعدم بالردة ، ألا

ترى أن اقتران الردة بالتحمّل لا يمنع صحة التحمل، فلا يمنع البقاء من طريق الأولى، ولكن بالردة يبطل الأداء، ألا ترى أن اقتران الردة بالأداء يمنع صحة الأداء، فاعتراضها الأداء قبل حصول المقصود يبطل الأداء، وبالإسلام تحدث له أهلية الأداء، فيجوز له الأداء، فأما الفرع مأمور من جهة الأصل بنقل شهادته، ولهذا يشترط لصحة الإشهاد الأمر بالنقل من الأصل.

قلنا: ولبقاء الأمر حكم الابتداء إذا كان غير لازم، وهذا الأمر غير لازم؛ لأن نهى الأصل عامل، وإذا كان لبقاء هذا الأمر حكم الابتداء صار كأنه وجد الأمر بالنقل فى حالة الارتداد، والأمر بالنقل بعد الارتداد لا يصح، وإذا لم يصحّ، صار وجوده، والعدم بمنزلة، وبدون الأمر بالنقل من الأصل لا يصح شهادة الفرع، وهذا الفرق مشكل عندى -والله أعلم-.

ثم فى هذا الفرق يشير إلى أن نهى الأصل الفرع يعمل، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ، بعضهم قالوا: لا يعمل، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى، ذكره فى "شرح الجامع" الذى علّقه على القاضى الإمام أبى عاصم العامرى.

١٥٠٨٢- وإذا شهد شاهدان على شهادة عبدين، أو مكاتبين، أو كافرين على مسلم، فردّها القاضى بذلك، ثم عتق العبدان والمكاتبان، وأسلم الكافران، وشهدا بذلك، أو أشهداهما أو غيرهما على شهادتهما جاز؛ لأن المنقول بشهادة الفرعين شهادة الأصلين، ولا شهادة للعبدين، ولا للمكاتبين، ولا للكافرين على المسلم، فلا يكون المردود شهادة، وقد وُجدت لهما بالإسلام والعتق أهلية أداء الشهادة، فجاز لهما الأداء والإشهاد على شهادتهما.

١٥٠٨٣- قال فى "الجامع": إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على القتل خطأ، وقضى القاضى بالدية على العاقلة، ثم جاء المشهود بقتله حيّا، فلا ضمان على الفروع؛ لأنه لم يثبت كذبهما، إذ ليس من ضرورة حياته عدم إشهاد الأصول الفروع على شهادتهم، ولكن يرد الولى الدية على العاقلة؛ لأنه ظهر أنه أخذها منهم بغير حق، ولو جاء الشاهدان الأصلان، وأنكر الشهادة، لم يصح إقرارهما فى حق الفرعين، حتى لا يجب عليهما الضمان، ولا ضمان على الأصلين أيضًا.

وهذا لا يشكل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ؛ لأن الأصلين لو رجعا عن شهادتهما ، بأن أقرا أنهما أشهداهما بباطل ، لا ضمان عليهما عندهما ، فهنا أحق ، وإنما يشكل على قول محمد ؛ لأن عنده لو رجع الأصلان عن شهادتهما ضمنا عنده ؛ لأن شهادة الأصلين صارت منقولة إلى مجلس القضاء بشهادة الفرعين ، فكأنهما شهدا بأنفسهما ، ثم رجعا حتى ظنّ بعض مشايخنا أن قول محمد محمول على ما إذا أنكر الأصلان الشهادة ، ولم يظهر المشهود بقتله حيّا .

وبعضهم قالوا : لا بل قول محمد فى الكل واحد ، والعذر لمحمد أن شهادة الأصلين إنما تصير منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة ؛ لأنها موجودة فى غير مجلس القضاء ، والشهادة فى غير مجلس القضاء لا يكون سببًا للضمان ، وإن ظهر كذب الشهود فى الشهادة ، فاعتبرنا الحكم حال رجوع الأصلين ، واعتبرنا الحقيقة متى أنكر الأصلان الشهادة ، ولم يرجعا عن شهادتهما عملا بالدليلين بقدر الإمكان .

١٥٠٨٤- وإن قال الأصول : قد أشهدناهما بباطل ، ونحن نعلم يومئذٍ أنا كنا كاذبين ، لم يضمنا شيئًا فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف ، وعند محمد : العاقلة بالخيار إن شاؤوا ضمّنوا الأصول ، وإن شاؤوا ضمنوا الولى ، فإن ضمنوا الأصلين رجعا على الولى ، وإن ضمّنوا الولى ، لم يرجع على الأصلين .

وجه قول محمد : إن شهادة الأصلين منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة ، فعملنا بالحقيقة ، والحكم على الوجه الذى مرّ ، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا : القياس يأبى قبول الشهادة على الشهادة ؛ لأن المنقول إلى مجلس القضاء شهادة الأصلين فى غير مجلس القضاء ، والشهادة فى غير مجلس القضاء ليس بحجة ، والقضاء بما ليس بحجة لا يجوز ، ولكن تركنا قضية القياس ، وجوّزنا القضاء بها ، وجعلنا شهادة الأصلين كالموجودة فى مجلس القضاء ، ففى حق إيجاب الضمان بعد الرجوع يبقى على أصل القياس .

١٥٠٨٥- فى "المنتقى" : إذا قال الفروع : لا نعرف المشهود عليه بالحق ، قبلت شهادتهم يريد به إذا قال الفروع : أشهدنا الأصول على شهادتهم لفلان ابن فلان على

فلان ابن فلان بكذا، إلا أنا لا نعرف فلان بن فلان المشهود عليه بكذا، فالقاضى يقبل الشهادة، ويأمر المدعى أن يقيم بينة أن الذى أحضره فلان ابن فلان.

١٥٠٨٦- هــذا هو الكلام فى الشهادة على الشهادة، فأما الشهادة على الشهادة فقد ذكر محمد فى "الجامع": مسألة تدل على أنها مقبولة، وصورة تلك المسألة: رجل ادّعى على رجل ألف درهم، وجاء بشهود ثلاثة، شهد واحد منهم على شهادة شاهدين على شهادة ثلاثة نفر، أنهم شهدوا على إقرار المدعى عليه بألف درهم، وشهد واحد من الثلاثة على شهادة أحد الشاهدين بعينه على شهادة الثلاثة الذين هم شهدوا على إقرار المدعى عليه بالألف، وشهد واحد آخر من الثلاثة على شهادة واحد من الثلاثة الذين هم أصول بعينه، فالقاضى لا يقطع بهذه الشهادة حقّا.

واعلم بأن هذه المسألة من المسائل التى إذا ظهرت الرواية فيها ظهرت النكتة، وإنما تظهر الرواية فيها إذا سمّينا الأصول الثلاثة على أصل الحق، وسمّينا الفرعين الذين يشهدان على شهادة الأصول الثلاثة على أصل الحق، فنقول: أسماء الأصول الثلاثة على أصل الحق: عبد الله، محمد، وصالح، واسم الفرعين الذَين يشهدان على شهادة الأصول الثلاثة زيد وعمرو وحضر مجلس الحكم ثلاثة، شهد واحد من الذين حضروا مجلس الحكم على شهادة زيد وعمرو على شهادة محمد وعبد الله وصالح، وشهد آخر من الذين حضروا مجلس الحكم على شهادة زيد بعينه على شهادة محمد وعبد الله وصالح، فثبت بشهادتهما شهادة زيد، فكان زيداً، وهو أحد الفرعين حضر بنفسه، وشهد على شهادة محمد وعبد الله وصالح، فإذا شهد واحد من الثلاثة الذين حضروا مجلس القضاء على شهادة واحد من الأصول بعينه، وهو صالح مثلا، فقد ثبت شهادة صالح؛ لأنه شهد على شهادته اثنان، زيد والذى شهد على شهادته من الذين حضروا مجلس الحكم، أما لم يثبت شهادة محمد وعبد الله؛ لأنه لم يثبت على شهادتهما إلا شهادة شاهد واحد، وهو أحد الفرعين زيد، فلم يثبت بهذه الشهادات من شهادة الأصول إلا شهادة واحد، وهو صالح، وبشهادة الواحد لا يقطع الحكم فلا يقضى القاضى للمدعى بشىء ما لم يحضر محمد أو عبد الله مجلس الحكم، ويشهد بنفسه، أو يشهد شاهد أخر على شهادة عمرو، وهو أحد الفرعين على شهادة الأصول الثلاثة

ليثبت شهادة عمرو ، وبشهادة شاهدين ، ويصير كأنّ عمراً بنفسه حضر مجلس الحكم ، شهود على شهادة محمد وعبد الله وصالح ، فثبت شهادة محمد وعبد الله وصالح بشهادة شاهدين ، وهما زيد وعمرو ، فهذه المسألة دليل على أن الشهادة على الشهادة مقبولة -والله أعلم- .

الفصل العاشر
فى شهادة الشهود بعضهم لبعض

١٥٠٨٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: فى رجل مات، ولا يُعرف له ولد، فجاء أربعة نفر يشهد كل اثنين منهم للآخرين أن الميت أوصى لهما بثلث ماله، أو شهد كل اثنين منهم للآخرين أنهما أبناء الميت، والمشهود لهما يصدقهما فى الوصية لهما، وفى أنهما أبناء الميت، أو يكذبهما، لا تقبل شهادتهما، أما شهادة كل فريق للفريق الآخر بالوصية بالثلث، فلأنهما يثبتان الشركة؛ لأن الوصية تحل التركة حتى إذا أراد الوارث أن يعطى الوصية من غير التركة، ويستخلص التركة لنفسه، لا يملك، وإذا كان من حكم الوصيين اشتراكهما كانت شهادة كل فريق شهادة لنفسه من وجه، وأما شهادة كل فريق للفريق الآخر بالوراثة؛ لأن الورثة يشتركون فى التركة، فكانت هذه شهادة لنفسه أيضًا.

١٥٠٨٨- وفيه أيضًا عن محمد: فى شاهدين شهدا على رجل لرجلين بألف درهم، وشهد المشهود لهما للشاهدين على هذا الرجل بدين ألف درهم، والمشهود عليه حى، فشهادتهما جائزة؛ لأن الدين يجب فى ذمة الحىّ غير متعلق بماله، فلم يتحقق الشركة بينهما، ولهذا لا يشارك بعضهم بعضًا فيما قبض، فانعدم معنى التهمة، فقبلت شهادتهما، ولو كان المشهود عليه ميتا، لا تقبل هذه الشهادة، وقال محمد: هى عندى جائزة، هكذا ذكر ابن سماعة، وقد ذكر محمد أولا: أن شهادة الفريقين على الميت غير مقبولة، وقال بعد ذلك: وهى عندى جائزة إشارة إلى أن ما ذكر أولا قول غيره، ولم يذكر أنه قول من؟

وقد ذكر الخصاف: أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف: لا تقبل هذه الشهادة، وهكذا ذكر بشر فى "الأمالى"، وذكر فى "الجامع الصغير": أن على قول أبى حنيفة ومحمد: يقبل هذه الشهادة، هكذا ذكر فى وصايا "المبسوط"، وجه الرواية التى قال: إن الشهادة باطلة ما ذكرنا أن الدين بعد الموت يحل التركة، وتصير التركة مشتركة بين

الغرماء معنى ، ألا ترى أن الدين إذا كان مستغرقًا إذا قبض أحد الغرماء شيئًا ، كان للباقين حق المشاركة ، وقد شهدا بما لهما فيه شركة .

وجه رواية الجواز : أن الدين حالة الحياة تجب فى الذمة ، وبعد الموت لايتحول إلى التركة بمعنى أن التركة تصير مستحقة به ، ألا ترى أن الوارث لو أراد أن يقضى الدين من ماله ، ويستخلص التركة لنفسه ، كان له ذلك ، فكانت هذه شهادة بما لا شركة لهما فيه ، فتقبل .

وروى الخصّاف عن الحسن بن زياد عن أبى حنيفة : أنهم إذا جاؤوا معًا ، لاتقبل شهادتهم ، وإن جاؤوا متفرقين تقبل ؛ لأنهم إذا جاؤوا مجتمعين ، فقد تمكنت تهمة المواضعة ، يصير كأن كل فريق يقول للفريق الآخر : أشهدوا لنا على أن نشهد لكم ، فيتفاحش التهمة ، فيمنع قبول الشهادة .

فأما إذا جاؤوا متفرقين نقل التهمة ، ولا يتفاحش ، فلا يمنع قبول الشهادة ، ولو لم يكن الأمر على هذا الوجه ، ولكن ادّعى رجلان دارًا أو عبدًا أو عرضًا من العروض فى يدى ورثة الميت أن الميت غصبه ذلك ، وشهد لهما شاهدان بذلك ، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم ، فإن الشهادة كلها جائزة ، كذا ذكره الخصّاف ، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها ؛ لأن تهمة الشركة لا تتأتى ههنا .

وكذلك لو لم يدعيا الغصب ، ولكن ادعيا الشراء من الميت ، ونقد الثمن ، كان الجواب كما قلنا فى دعوى الغصب ؛ لأن ما باعه الميت فى حياته لا يكون تركة له ، فلا يتعلق حق الغرماء بذلك العين ، فلا يتأتى تهمة الشركة ، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها .

١٥٠٨٩- وكذلك إذا ادّعى أحد الفريقين عبدًا ، وادّعى الفريق الآخر عبدًا آخر تقبل شهادتهم ، وهذا أيضًا يجب أن يكون على الروايات كلها .

وكذلك إذا ادّعى أحد الفريقين الوصية بعبد بعينه ، وادّعى الفريق الآخر الوصية بعبد آخر بعينه ، تقبل شهادتهم باتفاق الروايات .

١٥٠٩٠- وكذلك إذا ادّعى أحد الفريقين الوصية بعبد بعينه ، وادّعى الفريق الآخر الوصية بعين آخر ، قبلت شهادتهم بالاتفاق .

١٥٠٩١- ولو ادّعى أحدهما الوصية بالثلث، وادّعى الآخر الوصية بعبد بعينه، أو بعينه آخر، لا تقبل شهادة الفريقين؛ لأن صاحب الثلث يشاركه فى العبد، فتمكن تهمة الشركة وفى المسألة إشكال.

١٥٠٩٢- وكذلك لو ادّعى أحدهما الوصية بالثلث، وادّعى الآخر الوصية بالسدس لا تقبل شهادة الفريقين؛ لأن تهمة الشركة تتأتى ههنا.

وفى كل موضع لا يقبل شهادة الفريقين، لا يقبل شهادة أبيهما وابنيهما، ونسوتهما مع رجل آخر، وفى كل موضع تقبل شهادتهما، تقبل شهادة أبيهما وابنيهما وامرأتهما مع رجل.

١٥٠٩٣- وعن أبى يوسف: إذا وقعت الشركة فى المشهود به، لا تقبل شهادتهما، وإذا لم يقع فى المشهود به شركة، فإن كان القاضى يعرفهما بالعدالة قبل شهادتهما، وإن لم يعرفهما بالعدالة أوشك فى أمرهما، لا يقبل شهادتهما؛ لأن كل فريق يجر النفع إلى الآخر، فتتمكن تهمة المواضعة، فيتفحّص القاضى فى حالهما، ولا تقبل شهادتهما حتى يظهر عنده عدالتهما.

وهو نظير ما رُوى عن أبى يوسف فيمن ادّعى عينًا فى يد إنسان، فقال ذواليد: إنه لفلان أودعنيها، وأقام البينة على ذلك، لا يندفع عنه الخصومة إن كان معروفًا بالحيل والأباطيل، وإن كان معروفًا بالعدالة والأمانة، تندفع عنه الخصومة، فما رُوى عنه ههنا مستقيم على أصله، ولو شهد أحد الفريقين لصاحبه بالدراهم، وشهد الآخر بالدنانير، تقبل شهادة الفريقين، ذكره البقالى.

١٥٠٩٤- وفى "المنتقى": رجل فى يديه دار مات، جاء أربعة رجال، وادّعى رجلان منهم نصف الدار شائعًا أنهما اشترياه من الميت، وشهد لهما الآخران بذلك، ثم ادّعى الآخران أنهما اشتريا النصف الباقى من الميت، وشهد لهما المدعيان الأولان، فإن شهادتهم باطلة؛ لأنهم يصيرون شركاء فى الدار.

وكذلك إن كان القاضى قد قضى للأولين، ثم ادّعى الآخران، وشهد لهما الأولان، فإنى أبطل القضاء كله.

وإن كانت الشهادة على نصف دار مقسومة لهذين، وعلى نصف دار مقسومة

لهذين ، فإن كان لكل نصف باب على حدة ، وطريق على حدة ، فالشهادتان جائزتان ، وإن كان بابهم واحدًا ، أو طريقهم واحدًا ، أبطلت شهادتهم .

وإن شهدا أبناء الميت أو غيرهما لرجلين على الميت بدين ، ثم شهد هذان المشهودان لهما لرجلين آخرين على الميت بدين ، جازت شهادتهم ؛ لأنه لا تهمة في هذه الشهادة ؛ لأنه عسى يلحقهما ضرر بنقصان حقهما إذا لم تفِ التركة بحقهما ، ولا تعلق لدين الغير بدينهما ، فقبلت شهادتهما لهذه .

١٥٠٩٥- وذكر الخصاف في "أدب القاضي" : إذا شهد رجلان لرجلين أنهما ابنا الميت ، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأن حق الغريم يثبت في التركة ، كما أن حق الوارث يثبت في التركة ، فيتمكن تهمة الشركة في هذه الشهادة .

١٥٠٩٦- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد : في رجل له على ميت دين ، فقضى القاضي له بدينه ، وقد ترك الميت وفاءً بما عليه من الدين ، ثم إن المقضي له شهد لورثة الميت بحق للميت ، لا تجوز شهادته ؛ لأن ذمّة الميت إذا خربت بالموت ، يتعلق الدين بتركته ، فإذا شهد الغريم بحق للميت ، فقد شهد بما هو متعلق حقه ، فكانت هذه شهادة لنفسه ، فلا تقبل .

١٥٠٩٧- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد : في رجلين لهما على رجل ألف درهم بينهما نصفان ، فشهد أحدهما على صاحبه ورجلٌ آخر أنه أقر أن اسمه في الصك عارية ، وأن حصته من ذلك المال لفلان ، قال : شهادة الشريك جائزة ؛ لأن هذه شهادة استجمعت شرائطها ، ولا تهمة فيها ؛ لأن الشريك بهذه الشهادة لا يجر إلى نفسه مغنمًا ، ولا يدفع عن نفسه مغرمًا ، أقصى ما في الباب أنه يتوهم له نوع منفعة ههنا بإبطال حق الرجوع على المشهود عليه في الثاني إذا قبض الشاهد نصيبه من الألف ، إلا أن هذا وهم عسى يكون وعسى أن لا يكون بأن يقبضا جميعًا ، أو يبرئا الآخر ، أو هو عن نصيبه ، ولا يجوز رد شهادة استجمعت شرائطها بالوهم .

ولو كان قبض من المال نصفه ، أو شيئًا منه ، ثم شهد بهذا ، لم أقبل شهادتهما ؛ لأنه يثبت لشريكه حق مشاركته فيما قبض ، فهو بهذه الشهادة يريد إبطال ذلك الحق ،

قال : وإنما هذا بمنزلة ثلاثة نفر لهم على رجل ألف دهم ، فشهد اثنان منهم على الثالث أنه أبرأ الغريم عن حصته ، إن شهدا قبل أن يقبضا شيئًا من المال ، قبلت شهادتهما ، وإن شهدا بعد ما قبضا شيئًا من المال ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأن بعد القبض بشهادتهما يريدان إبطال حق المشاركة على الشريك فيما قبضا ، ولا كذلك قبل القبض ، فكذا ههنا .

الفصل الحادى عشر
فى شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم

١٥٠٩٨- شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة، اتفقت مللهم أو اختلفت، وكذلك شهادة أهل الذمة على المستأمنين مقبولة، وشهادة المستأمنين على أهل الذمة لا تقبل، وشهادة المستأمنين بعضهم على بعض مقبولة إن كانوا من أهل دار واحدة، وإن كانوامن أهل دارين مختلفين، كالروم والترك، لا تقبل.

١٥٠٩٩- وأما شهادة المرتد والمرتدة فلا ذكر لهما فى شىء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: تقبل على الكفار، وقال بعضهم: تقبل على مرتد مثله، والأصح أنها لا تقبل على كل حال، وعن أبى يوسف: أنه قال: لا أجيز شهادة اليهودى والنصرانى وغيرهما من أهل الذمة إذا سكروا؛ لأن السكر حرام فى الأديان كلها، فيوجب سقوط العدالة.

١٥١٠٠- وإذا شهد شاهدان من أهل الكفر على شهادة شاهدين من أهل الإسلام على كافر لاتقبل شهادتهما؛ لأنها شهادة كافر قامت على إثبات أمر على المسلم؛ لأنها قامت على إثبات شهادة المسلم، فلا تقبل قياسًا على ما لو شهدا على المسلم بمال.

وكذلك إذا شهدا على قضاء قاضٍ من قضاة المسلمين لكافر على كافر، لاتقبل شهادتهما؛ لأنها قامت على إثبات أمر على المسلم؛ لأنها قامت على القاضى بإثبات قضاءه.

وهذا بخلاف ما لو شهدا على كافر بمال، فإنه تقبل شهادتهما، وإن كان فيه إيجاب القضاء على القاضى المسلم، وذلك لأن إيجاب القضاء على القاضى غير مضاف إلى شهادتهما لا نصًا ولا اقتضاء، أما نصًا فلا شك، وأما اقتضاء فلأن المقتضى ما يثبت ضرورة المنصوص عليه، ولا ضرورة للمنصوص عليه، وهو الوجوب على

المشهود عليه إلى وجوب القضاء بذلك على هذا القاضي المعيّن؛ لأنه مما ينفكّ عنه في الجملة بأن لا يكون قاضيًا، والمقتضى إنما يثبت ضرورة المنصوص عليه إذا كان لا ينفك عنه بحال، فهو معنى قولنا: إن وجوب القضاء على القاضي غير مضاف إلى شهادتهما، لا نصّا ولا اقتضاء، فلا يمنع قبول شهادتهما.

أما ههنا شهدا على إثبات أمر على المسلم نصّا، ومثل هذه الشهادة لا تقبل، ونظير هذا ما قال محمد: في كافر مات وأوصى إلى مسلم، فشهد كافران بدين على الميت، فإن القاضي يقبل شهادتهما، وإن كان قبل هذه الشهادة يجب قضاء الدين على الوصي، وهو مسلم؛ لأن وجوب قضاء الدين على هذا الوصي غير مضاف إلى شهادتهما لا نصّا، وهذا ظاهر، ولا مقتضى وجوب الدين على الميت؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين على الميت وجوب القضاء على هذا الوصي، فإنه لو لم يكن هو وصيًا، لا يجب عليه قضاء الدين، فلم يمنع قبول الشهادة، كذا ههنا.

١٥١٠١- قال: أمة في يدي كافر اشتراها من مسلم، أو وهبها منه مسلم، أو تصدق بها عليه مسلم، ثم جاء كافر وادعى لنفسه ملكًا مطلقًا، وأقام على ذلك شاهدين كافرين، فشهدا له بالملك المطلق، قال أبو حنيفة ومحمد -وهو قول أبي يوسف أولا-: لا تقبل هذه الشهادة أصلا، وقال أبو يوسف آخرًا: تقبل هذه الشهادة، ويقضى بها على المشترى خاصة، ولايقضى بها على غيره، حتى لا يكون للمشترى أن يرجع على البائع بالثمن.

وجه قول أبي يوسف آخرًا: إن هذه شهادة كافر قامت على كافر، وهو المشترى باستحقاق الملك عليه، وقامت على مسلم، وهو البائع بالرجوع عليه بالثمن، وأمكن القضاء بها في حق الكافر، فيقضى بها للكافر قياسًا على ما لو شهد كافران على كافر ومسلم بدين ألف درهم، فإنه تقبل شهادتهما على الكافر، ولا تقبل شهادتهما على المسلم، وبيان إمكان القضاء بها في حق الكافر أن يقضى بالملك للمدعى بسبب جديد من جهة المدعى عليه، وهذا لأن الشهود وإن شهدوا بالملك المطلق إلا أن الملك المطلق يحتمل الملك الحادث، فيحتمل أن الشهود عاينوا سبب الملك فيما بينهما، لكن لم يذكروا السبب في شهادتهما، فيحمل على هذا الوجه تصحيحًا للشهادة بقدر الإمكان.

ولهما : إن هذه شهادة كافر قامت على كافر ومسلم ، وتعذر القضاء بها في حق الكافر ، فلا تقبل أصلا ، قياسًا على ما لو شهد كافران لكافر على كافر أن القاضي قضى لهذا على هذا بكذا ، فإنه لا يقبل هذه الشهادة أصلا ، وإنما لا تقبل لما قلنا .

وبيان تعذر القضاء بها في حق الكافر أن الشهود شهدوا بالملك المطلق للمدعى ، والشهادة بالملك المطلق شهادة بالملك من الأصل ، ألا ترى أنه يستحق العين بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعًا ، ولا يمكن القضاء بالملك في حق المشترى من الأصل ، إلا بالقضاء بالملك من الأصل في حق البائع ؛ لأنه ما بقى الملك للبائع ، لا يكون الملك لهذا المدعى من الأصل .

فإن قيل : الشهادة بالملك المطلق إنما تكون شهادة بالملك من الأصل إذا كانت الشهادة حجة للقضاء بالملك من الأصل ، كشهادة المسلمين ، أما إذا لم يكن حجة للقضاء بالملك من الأصل ، يجعل شهادة بالملك الحادث بسبب حادث من جهة المدعى عليه ، ألا ترى أن الإقرار بالملك المطلق جعل إقرارًا بملك حادث ، وإن كان الإقرار إخبارًا في موضعه حتى صحّ بالخمر .

والجواب عنه : إن الإقرار يخالف الشهادة ؛ لأن الإقرار بالملك المطلق فيما يقبل النقل من ملك إلى ملك جعل إقرارًا بملك جديد من حيث الحكم ؛ لأن المقر قال : هذا لفلان ؛ لأني ملكته منه ، ولهذا لا يستحق المقر له المقر به بالزوائد المتصلة والمنفصلة ، ولا يكون للمقر الرجوع على بائعه .

١٥١٠٢- ولو أن المقر نصّ على ملك جديد للمقر له بسبب جديد من جهته ، يتعذر القضاء بالملك من الأصل ، فكذا إذا جعل في الحكم هكذا ، أما الشهادة بالملك المطلق جعل شهادة بالملك من الأصل من حيث الحكم ، كأن الشهود قالوا : هذا ملك هذا المدعى من الأصل ، حتى يستحق العين بالزوائد المتصلة والمنفصلة ، ويرجع المستحق عليه على بائعه بالثمن ، ولو نص الشهود على هذا يتعذر القضاء بالملك الجديد بالسبب الجديد من جهة المستحق عليه ، فكذا إذا جعل في الحكم هكذا .

١٥١٠٣- إذا مات الكافر وترك ابنين وترك ألفي درهم ، فاقتسماهما بينهما ، ثم أسلم أحدهما ، ثم جاء كافر ، وادعى لنفسه دينًا على الميت ، وأقام على ذلك شاهدين

كافرين، قال فى الكتاب: أجزت ذلك فى حصة الكافر خاصة؛ لأن شهادة الكافر حجة فى حق الكافر دون المسلم، فيثبت الدين بهذه الشهادة فى حق استحقاق نصيب الكافر، وإبطال يده عليه، لا فى حق استحقاق نصيب المسلم، وإبطال يده عليه.

١٥١٠٤- إذا مات كافر، فجاء مسلم وكافر، وادّعى كل واحد منهما دينًا، وأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر، قال فى الكتاب: أجزت بينة المسلم، وأعطيت حقه، فإن بقى شىء كان للكافر.

وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة: أن التركة يقسم بينهما على مقدار دينهما؛ لأن كل واحد منهما يثبت دينه على الميت، وما أقام كل واحد منهما حجة على الميت.

وجه ظاهر الرواية: أن دين المسلم يثبت فى حق الميت، وفى حق الغريم الكافر، ودين الكافر يثبت فى حق الميت، إما لم يثبت فى حق الغريم المسلم؛ لأن حجة المسلم حجة على الميت والكافر، وحجة الكافر حجة على الميت، وليس بحجة على المسلم، والمزاحمة إنما يثبت عند المساواة، وإنما يثبت المساواة إذا ثبت دَين كل واحد من الغريمين فى حق صاحبه، فهو بمنزلة الدين المقر به فى حالة الصحة مع الدين المقر به فى حالة المرض.

١٥١٠٥- مسلم له عبد كافر، أذن له بالبيع والشراء، فشهد عليه شاهدان كافران بشراء أو بيع جازت شهادتهما عليه؛ لأن هذه شهادة كافر قامت على إثبات أمر على الكافر.

فإن قيل: هذه الشهادة كما قامت على العبد قامت على المولى، فإنه يستحق مالية المولى حتى يثبت الدين على العبد المأذون والمولى.

قلنا: استحقاق مالية العبد غير مضاف إلى الشهادة لا نصّا، وأنه ظاهر ولا اقتضاء؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين على العبد بسبب البيع والشراء استحقاق مالية المولى، ألا ترى أن العبد لو كان محجورًا، واشترى لا يستحق به مالية المولى مع أن الثمن وجب عليه بالشراء حتى يؤاخذ به بعد العتق، وإذا لم يكن استحقاق مالية المولى مضافًا إلى شهادة الكافر، لا يمنع قبول شهادة الكافر بسببه ولو كان المولى كافرًا، والعبد المأذون مسلمًا لا تقبل شهادة الكافر؛ لأن هذه شهادة كافر قامت على

إثبات أمر على المسلم نصّا .

١٥١٠٦- ولو أن كافرًا وكّل مسلمًا بشراء أو بيع، لم أجز على الوكيل من البينة إلا مسلمين، ولو أن مسلمًا وكّل كافرًا بذلك أجزت على الوكيل الشهود من أهل الكفر، وهو يخرج على ما ذكرنا من المعنى فى فصل العبد.

وفى "النوادر": وقال أبوحنيفة وأبو يوسف: إذا وكّل النصرانى مسلمًا يبيع له ثوبًا، أو يشترى له ثوبًا، فشهد عليه نصرانيّان بالبيع، وهو يجحد ذلك أن ذلك جائز.

١٥١٠٧- وكذلك الشراء، قال محمد فى "الجامع": نصرانى مات وترك مائة درهم لا غيره، فأقام مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمائة د+رهم، وأقام مسلم ونصرانى شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم بينهما، يقضى للمسلم المنفرد بثلثى المائة، ويقضى بثلث المائة بين الشريكين نصفان؛ لأن النصرانى الشريك أقام ما ليس بحجة على المنفرد؛ لأنه يتضرر به، فبطلت بينة النصرانى الشريك، وإذا بطلت بينة النصرانى الشريك، بقى المسلم الشريك والمسلم المنفرد، وكل واحد منهما أقام ما هو حجة على الميت دون صاحبه، فاستويا، فيضرب المسلم المنفرد بحقه، وذلك مائة، والمسلم الشريك بحقه، وذلك خمسون، فقسمت المائة بينهما أثلاثًا، ثم النصرانى الشريك يأخذ من شريكه المسلم نصف ما أخذ، لتصادقهما أن الدين مشترك بينهما.

فإن قيل: أليس أن كل واحد من المسلمين يتضرر بشهادة شهود صاحبه وهم كفار، فينبغى أن لا تقبل؟ قلنا: الضرر عليهما فى امتناع القبول فوق الضرر عليهما فى القبول، فإن عند قبول الشهادتين يصل إلى كل واحد من المسلمين بعض حقه، وعند عدم القبول لا يصل إليهما شىء، وعند التعارض يتحمل الأدنى لدفع الأعلى.

ولو كان مكان المسلم المنفرد نصرانيّا منفردًا، وباقى المسألة بحالها، فالمائة تقسم بينهم أثلاثًا، لكل واحد الثلث؛ لأن بينة النصرانى المنفرد غير مقبولة على المسلم الشريك لما مرّ، وبينة المسلم الشريك حجة فى حق النصرانى المنفرد، فيأخذ المسلم الشريك حقه، وذلك خمسون، بقى من التركة خمسون، وقد تنازع فيها نصرانيان، وأقام كل واحد ما هو حجة على صاحبه، إلا أن حق النصرانى المنفرد فى المائة، وحق النصرانى الشريك فى خمسين، فيقسم الخمسون بينهما أثلاثًا، ثلثاه لنصرانى المنفرد،

وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث، وثلثه للنصراني الشريك، وذلك ستة عشر وثلثان، ثم ما في يد النصراني الشريك يضم إلى ما في يد شريكه المسلم، فيصير ستة وستين وثلثان، يقسم بينهما نصفين أيضًا، لتصادقهما على الشركة، فيصيب[1] كل واحد في الحاصل ثلث المائة، فلهذا قال: يقسم المائة بينهم أثلاثًا.

١٥١٠٨- ولو كان شهود الشريكين مسلمين، وشهود النصراني المنفرد نصرانيين، وباقي المسألة بحالها، كان هذا الأول سواء؛ لأن المسلم الشريك أقام ما هو حجة في حق النصراني المنفرد، والنصراني المنفرد أقام ما ليس بحجة في حق المسلم الشريك، فبطلت بينة النصراني المنفرد في حق المسلم، فيأخذ المسلم حقه، وذلك خمسون، بقي من التركة خمسون، وقد تنازع فيه نصرانيان، وأقام كل واحد ما هو حجة على صاحبه، فيقسم بينهما على قدر حقوقهما أثلاثًا، ثم الباقي إلى آخر ما مرّ قبل هذا.

فإن كان شهود النصراني المنفرد مسلمين، وشهود الشريكين نصارى، وباقي المسألة بحالها، يقضى للنصراني المنفرد بنصف المائة، ويقضى بالنصف الآخر للشريكين؛ لأن المنفرد أقام ما هو حجة على الشريكين، وهما أقاما ما هو حجة على المنفرد، فلهذا قسمت المائة نصفين.

١٥١٠٩- قال: نصراني مات وترك مائتي درهم، وترك ابنين نصرانيين، فأسلم أحدهما، ثم جاء رجل، فادعى على الميت مائة درهم، فأقام شاهدين نصرانيين، فإن القاضي يقضي بذلك في نصيب الكافر؛ لأن ما أقام المدعى حجة على الابن النصراني دون الابن المسلم؛ لما فيها من الضرر للمسلم، فلم يصح على المسلم، وصحّت على الكافر، فيستوفي الدين من نصيب من صحّت البينة عليه، كما لو أقر أحد الابنين بذلك، ولا يدخل الابن النصراني على أخيه المسلم في نصيبه.

قال محمد في الكتاب: ولا يشبه هذا الدين، وأراد به المسألة الأولى، فإن هناك المسلم الشريك إذا أخذ شيئًا من المائة، يدخل عليه الشريك النصراني، وههنا الابن النصراني لايدخل على أخيه المسلم في نصيبه.

---

(١) وفي الأصل فنصيب.

والفرق بينهما أن النصرانى الشريك إنما يزاحم المسلم الشريك بسبب الدين، ودين النصرانى ثابت فى ذمة الميت، لم يرد عليه الاستحقاق، إنما ورد الاستحقاق على المال الذى يقع به القضاء، فيبقى دينه فى ذمة الميت، ويجعل ما أخذه المسلم كالهالك، وإذا بقى دين النصرانى الشريك، وجبت الشركة فى باقى المال، فأما الميراث إنما يجب بعد الدين، فإذا ثبت الدين فى حق الابن الكافر، بطل به ميراثه، والشركة بناءً عليه، فإذا بطل الميراث بطلت الشركة، وفى مسألة الدين إذا بقى الدين يثبت الشركة فى محل الحق، فلهذا افترقا.

وذكر عين هذه المسألة فى "المنتقى"، وذكر عن أبى حنيفة: أنى أقضى بنصف الدين فى حصة النصرانى، وأبطل النصف، وذكر عن أبى يوسف: أنى أقضى بذلك فى حصة النصرانى، ولا أقضى على المسلم بشيء، وتبين بما ذكر فى "المنتقى": أن المذكور فى "الجامع" قول أبى يوسف ومحمد، وسيأتى هذه المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٥١١٠- قال محمد فى "الجامع": مسلم ادعى أن فلانًا النصرانى مات، وأوصى إليه، وأقام شهودًا من النصارى، فإن أحضر غريمًا نصرانيًا، قبلت الشهادة عليه قياسًا واستحسانًا، وتعدّى إلى غيره؛ لما نبين بعد هذا فى الوكالة، وأما إذا أحضر غريمًا مسلمًا، القياس أن لاتقبل شهادتهم عليه، وهو قول محمد أولا، وفى الاستحسان: تقبل.

وجه القياس أن هذه شهادة الكافر على المسلم مقصودًا، فلا تقبل، وجه الاستحسان ما أشار إليه محمد فى الكتاب: أن موت النصارى لا يحضره المسلمون، ومعنى هذا الكلام أن الإيصاء غالبًا إنما يكون عند الموت فى دورهم، والمسلمون لا يحضرون دورهم عند موتهم غالبًا، فلو لم تقبل شهادتهم على المسلم فى إثبات الموت والإيصاء، أدى إلى ضياع حقوقهم المتعلقة بالموت والإيصاء، فتقبل إحياء لحقوقهم، وإن كان الإحياء قد يحصل بحضرة المسلمين اعتبارًا للغالب، ألا ترى أن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال صارت حجة للضرورة، وإن كانت الحادثة بحال يجوز للرجال حضور تلك الحادثة لتحمل الشهادة، اعتبارًا للغالب، كذا ههنا، والذى بيّنا من الجواب فى الوصاية، فهو الجواب فى النسب، حتى لو أقام نصرانى بينة من النصارى أن

فلانًا مات، وأنه ابنه ووارثه، لا يعلمون له وارثًا غيره، وأحضر للميت غريمًا كافرًا، تقبل شهادتهم قياسًا واستحسانًا.

وإن أحضر غريمًا مسلمًا، القياس أن لا تقبل؛ لما مرّ، وفى الاستحسان: تقبل؛ لأن النسب إنما يثبت بالفراش، والفراش إنما يثبت بالنكاح، ونكاح أهل الذمة إنما يكون فى دورهم غالبًا، ولا يحضره المسلمون فى الغالب، فلو لم تقبل شهادتهم، أدّى إلى تضييع حقوقهم المتعلقة بالنسب.

١٥١١١- ولو أن مسلمًا ادّعى وكالة من نصرانى بكل حق له بالكوفة، وأحضر غريمًا مسلمًا، وأقام عليه شهودًا نصارى[1] لا تقبل؛ لأن هذه شهادة نصرانى قامت على المسلم مقصودًا، فلا يقبل.

فرق بين الوصاية والوكالة، والفرق ما ذكرنا أن الإيصاء غالبًا يكون حالة الموت فى دورهم، والمسلمون لا يحضرون دورهم عند موتهم غالبًا، فقبلنا شهادتهم صيانة لحقهم عن البطلان، أما الوكالة تقع خارج دورهم غالبًا، والمسلمون يخالطونهم خارج دورهم، فأمكن إشهاد المسلمين عليها، فلا ضرورة إلى قبول شهادة أهل الذمة.

فإن أحضر نصرانيًا قبلت شهادتهم؛ لكونها حجة على النصرانى، وإذا قبل القاضى هذه الشهادة، وقضى له بالوكالة، كان ذلك قضاء على جميع الغرماء من المسلمين وغيرهم، حتى لو أحضر غريمًا مسلمًا بعد ذلك، وهو يجحد وكالته، لم يكلفه القاضى على إقامة البينة على الوكالة؛ لأن القاضى حين قضى بالوكالة على النصرانى، كان من ضرورته ثبوت الوكالة فى جميع من كان بالكوفة لما مرّ قبل هذا، وقد ثبت شيء ضرورة غيره، وإن كان لايثبت مقصودًا بنفسه، كعزل الوكيل لا يثبت حال غيبة الوكيل مقصودًا، ويثبت ضرورة نفاذ بيع ما وكل ببيعه، كذا ههنا.

١٥١١٢- قال ابن سماعة عن محمد: فى رجل مات وترك ابنين، أحدهما مسلم، والآخر نصرانى، فقال المسلم منهما: أسلم أبى قبل موته وأنا وارثه، وقال النصرانى: إنه لم يسلم وأنا وارثه، فالقول قول النصرانى منهما؛ لأنه عرف كونه كافرًا، فالنصرانى تمسك بالأصل، وهو بقاء الكفر، والمسلم يدعى زواله بالإسلام، فكان

(١) هكذا فى ظ، وكان فى بقية النسخ نصرانيًا.

القول قول من يدعى البقاء؛ ولأن اختلاف الدين مانع من جريان الإرث، وقد عرف وجوده، فإذا الابن المسلم ادّعى زوال المانع[١]، والابن الآخر ينكر، والقول قول المنكر، ولكن يصلى على الميت بإخبار الابن المسلم أنه أسلم قبل موته؛ لأنه أخبر بخبر دينى، وهو وجوب الصلاة عليه، وخبر المسلم الواحد فى أمور الدين مقبول، فيصلى عليه، وليس من ضرورة الصلاة عليه ثبوت استحقاق الميراث للابن المسلم؛ لأنه ينفصل أمر الصلاة عن الميراث فى الجملة، فلم يكن من ضرورته استحقاق الميراث للابن المسلم.

١٥١١٣- ولو أقام المسلم نصرانيين أنه مات مسلمًا، وأقام نصرانى مسلمين أو نصرانيين أنه مات نصرانيًا، قضيت بالميراث للمسلم منهما، أما إذا أقام النصرانى نصرانيين؛ لأن الابن المسلم أقام ما هو حجة على النصرانى، أقام ما ليس بحجة على الابن المسلم، أما إذا أقام النصرانى مسلمين فلأنه وإن أقام ما هو حجة على المسلم، ولكن مع هذا ترجحت بينة المسلم لوجهين: أحدهما: أن البيّنات للإثبات، وبينة المسلم يثبت أمرًا حادثًا وهو الإسلام، وتثبت استحقاق الميراث للابن المسلم، وبينة النصرانى تنفى ذلك، ولهذا جعلنا القول قوله؛ لأنه ينفى استحقاق الابن المسلم، فتكون البينة بينة المسلم؛ لأنه يثبت الاستحقاق لنفسه.

الوجه الثانى: إن الإسلام أقوى: قال النبى ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[٢]، فكان الترجيح لبينة المسلم من هذا الوجه، ولهذا قلنا: إن الولد المولود بين مسلم وكافر يكون مسلمًا تبعًا للمسلم منهما؛ لقوة الإسلام، كذا هنا، وأما حكم الصلاة فإنه يصلى عليه لا بالشهادة، فإن الشهود نصارى، ولا تقبل شهادتهم فى الأمور الدينية، والصلاة أمر دينى، ولكن لإخبار الابن المسلم بإسلامه، وخبره حجة فى حق الصلاة عليه؛ لما ذكرنا.

وإن كان للميت بنون صغار، ورثتهم عن الميت مع ابنه المسلم، وجعلتهم

---

(١) هكذا فى الأصل ومتن ظ، وأما فى م: فإذا ادعى الابن المسلم ادعى زوال المانع الخ، وفى ف و حاشية ظ فإذا ادعى الابن المسلم فقد ادعى زوال المانع.

(٢) أخرجه البخارى معلقًا فى "صحيحه" (١/ ٤٥٤) والضياء فى "الأحاديث المختارة" (٢٩١) والدارقطنى فى "سننه" (٣٠-٣/ ٢٥٢) وشرح معانى الآثار (٣/ ٢٥٧) والرويانى فى "مسنده" (٧٨٣) وغيرها.

مسلمين؛ لأنه لما قضى بالميراث للابن المسلم بالبيّنة، فقد قضى بإسلام الأب لا محالة؛ ليمكن توريث المسلم منه، فإذا جعلناه مسلمًا لابد من الحكم بإسلام أولاده الصغار تبعًا له؛ لأنهم يتبعون خير الأبوين في الدين.

قال في "المنتقى": فلو لم يقم الابن المسلم بينة على إسلام أبيه قبل موته حتى ادّعى رجل على الميت دينًا، وأقام بينة من النصارى، فقضى له بالمال، ثم إن الابن المسلم أقام بينة من النصارى على إسلام الأب قبل موته، قال محمد: إن كان الغريم مسلمًا لم أبطل دينه بشهادة أهل الذمة، ولم أردّ القضاء، وإن كان ذميًا رددت القضاء، وانفذت للابن المسلم جميع الميراث، أما إذا كان الغريم ذميًا، فلأن الابن المسلم أقام ما هو حجة على الابن النصراني وعلى الغريم، فثبت وراثته واستحقاقه التركة، ولم يثبت استحقاق الغريم بما أقام من الحجة، لأن ما أقام من الحجة ليست بحجة، لا في حق الابن المسلم، ولا في حق الميت؛ لأنا حكمنا بإسلامه ضرورة الحكم بميراثه للابن المسلم.

وأما إذا كان الغريم مسلمًا فلأن ما أقام الابن المسلم من الحجة ليست بحجة في حق الغريم، فلم يثبت وراثة الابن المسلم في حق الغريم، فلا يحتاج الغريم إلى إقامة البينة على الابن المسلم، وإنما يحتاج إلى إقامتها على الابن النصراني، وما أقام الغريم حجة في حق الابن النصراني.

قال: فلو لم يترك الميت مالا، وأقام الابن المسلم شهادة من النصارى على أن مات مسلمًا، وأراد أخذ إخوته الطعام، لم تقبل بينته على ذلك، بخلاف ما إذا ترك مالا.

والفرق: أنه إذا ترك مالا، فبينة الابن المسلم من أهل الذمة إنما تقبل على المال وعلى الميراث، ومن ضرورة قبولها على الميراث القضاء بإسلام الميت، فيتعدى ذلك إلى أولاد الصغار، فأما إذا لم يترك مالا لا يمكن قبول شهادة أهل الذمة على المال؛ لانعدامه، لا يمكن قبولها على إسلام الميت وحده؛ لأنه أمر ديني، وشهادة أهل الذمة لا تقبل في الأمور الدينية.

وهذا الحكم لا يختص بهذا الموضع، بل في كل موضع شهد قوم من أهل الذمة على إسلام ميت إن كان الميت لم يترك مالا يقام البينة لأجله، لا تقبل شهادتهم، ولا

يحكم بإسلامه، وروى المعلى عن أبى يوسف أنه قال: لا أقبل شهادة أهل الذمة على إسلام الكافر فى حالة الحياة، وأقبلها بعد الموت، وإن لم يكن له ميراث، يجب لأحد بشهادتهم.

١٥١١٤- وروى عمرو بن أبى عمرو عن محمد فى "الإملاء": رجل من أهل الذمة مات، فشهد مسلم عدل أو مسلمة أنه أسلم قبل موته، وأنكر أولياءه من أهل الذمة ذلك، فميراثه لأوليائه من أهل الذمة بحاله، وأنه ظاهر، قال: وينبغى للمسلمين أن يغسلوه ويكفنوه ويصلون عليه.

وكذلك إن كان محدودًا فى قذف، يعنى المخبر بعد أن يكون عدلا، وقال: شهادة الفسّاق من المسلمين على إسلامه لا تقبل، ولا يُصلى عليه بشهادتهم.

١٥١١٥- قال: ولو شهد على إسلام نصرانى رجل وامرأتان من المسملين وهو يجحد، أجبر على الإسلام، ولا يقتل، ولو شهد عليه رجلان من أهل دينه، وهو يجحد، فشهادتهما باطلة، قال: لأن فى زعمهما أنه مرتد، ولا شهادة لأهل الذمة على المرتد.

١٥١١٦- ولو قال الابن المسلم: لم يزل أبى كان مسلمًا، وقال النصرانى: لم يزل كان نصرانيًا، فالقول قول المسلم؛ لأن كل واحد منهما يدعى ما هو أصل من وجه، وما هو حادث من وجه، أما الابن المسلم فلأنه يدّعى الإسلام، والإسلام أصل فى بنى آدم من وجه من حيث إنهم أولاد آدم وحواء، وهما كانا مسلمين، وحادث من وجه من حيث إنه علم بالله تعالى ورُسله وكتبه، والعلم حادث، وأما الابن النصرانى فلأنه يدعى الكفر، والكفر أصل من وجه من حيث إنه جهل، والجهل أصل فى الآدمى، حادث من وجه من حيث إن الأصل فى الآدمى الإسلام تبعًا لآدم وحوّاء، فهو معنى قولنا: إن كل واحد منهما يدّعى ما هو أصل من وجه، وما هو حادث من وجه، فاستويا من هذا الوجه، وترجح دعوى الابن المسلم لقوة الإسلام وعلوّه، فجعلنا القول قول الابن المسلم.

وإن أقام البينة، فالبينة بينة الابن المسلم أيضًا؛ لأنها تثبت أمرًا حادثًا، وهو العلم، ولو أن الابن المسلم أقام بينة على إسلام الأب قبل موته، يعنى من المسلمين، لم

أقبل ذلك حتى يصفو الإسلام .

١٥١١٧- وكذلك إذا شهد شاهدان على نصراني حيّ أنه أسلم، يعنى من المسلمين، لا تقبل شهادتهما حتى يصفو الإسلام، وهذا لأن الشاهدين عسى أن لا يعرفان ما يصير الكافر به مسلمًا، وما يحتاج إليه لدخوله في الإسلام، فإن لذلك شرائط بعضها ظاهرة، وبعضها خفية، ولعل ما عندهما غير ما هو عند القاضي، فلا بدّ من الوصف حتى ينظر القاضي فيه إن كان ذلك يوجب دخوله في الإسلام، يجعله مسلمًا، وما لا فلا، ألا ترى أنا شرطنا لقبول الشهادة على الزنا أن يفسر الشهود الزنا؛ لأنهم عسى يعرفون من أنواع الزنا أنه يوجب الحد، ولا يكون كذلك، كذا ههنا .

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السعدي في آخر "شرح السير": أن الشاهد إذا كان فقيهًا، تقبل شهادته من غير أن يصف الإسلام، وإذا كان جاهلا لاتقبل شهادته ما لم يصف الإسلام .

قال ابن سماعة: قلت لمحمد: فإن كان شهود غريم المسلمين من المسلمين، وقضيت بشهادتهم بحضرة الابن النصراني، ثم جاء الابن المسلم ببينة من أهل الذمة أن الأب مات مسلمًا، قال محمد: هو الوارث فيما كان للنصراني الميت من المال، ولا يقضى على الغريم بشيء؛ لأن الابن المسلم أقام ما هو حجة على الابن النصراني، دون الغريم المسلم، والقضاء بحسب الحجة، فيقتصر القضاء على الابن النصراني .

واستشهد بما إذا كان البنون ثلاثة، أحدهم مسلم والآخران نصرانيان، واقتسم النصرانيان الميراث نصفين، ثم أسلم أحد الابنين النصرانيين، ثم أقام الابن المسلم بينة من أهل الذمة أن الأب مات مسلمًا، فإني أقضي له على الوارث الذي لم يسلم، ولا أقضي له على الذي أسلم، وطريقه ما قلنا .

قال ابن سماعة: قلت لمحمد: فإن كان الغريم والابن المسلم أقام كل واحد منهما شاهدين ذميين، قال: فإذا جاؤوا معًا، فالخصم هو المسلم؛ لأنه يثبت وراثته بما أقام من البينة، وإنما تقبل بينة الغريم على الوارث، فإذا كان الوارث مسلمًا، فشهادة أهل الذمة ليست بحجة عليه، فلا يستحق الغريم بها شيئًا .

١٥١١٨- قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال: في نصراني مات وترك ألف

درهم، فأقام مسلم شهوداً من النصارى على ألف درهم له على الميت، وأقام نصرانى شاهدين من النصارى على ألف درهم له على الميت، فإنه يدفع الألف المتروك إلى المسلم، ولا يتحاصّان فيها عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف: يتحاصّان فى الألف، وقول محمد كقول أبى حنيفة.

وحاصل الخلاف راجع إلى أن بينة الغريم النصرانى، هل هى مقبولة فى هذه الصورة؟ على قول أبى حنيفة ومحمد: هى غير مقبولة، وعلى قول أبى يوسف: هى مقبولة، فأبو يوسف يقول: إن هذه شهادة قامت على الميت؛ لأنهم شهدوا بدين على الميت، والميت ذمى، فتقبل شهادة أهل الذمة عليه، أقصى ما فى الباب إذا قبلت بينته، وثبت دينه على الميت بشهادتهم، تضرر به الغريم المسلم، فإنه يحاصه[1] فى الألف المتروكة، فينقص حقه حيث لايصل إليه تمام الألف، ولكن لا يجوز أن يمتنع قبول الشهادة لأجلها؛ لأنه إنما يعتبر من قامت عليه الشهادة لا من يتعدى إليه فى الجملة، ألا ترى أن شهادة أهل الذمة على الذمى بإعتاق عبده المسلم جائز، وإن كان يتوهم تعدى الضرر إلى المسلم، فإنه تقبل شهادته بعد ذلك على سائر المسلمين، ولم يعتبر ذلك شهادة على المسلم، فكذا هذا.

وأبوحنيفة ومحمد قالا: بأن هذه شهادة قامت على الميت من وجه، وعلى الغريم المسلم من وجه، فتقبل فى حق الميت الكافر، ولا تقبل فى حق المسلم الغريم، وهذا لأن هذه الشهادة من حيث إنها قامت على أصل الدين، فهى شهادة على الميت، ومن حيث إن الدين بعد الموت إنما يتعلق بالتركة، والتركة مشغولة بدين الغريم المسلم كانت هذه شهادة على المسلم، وهذه الشهادة حجة على الكافر دون المسلم، فقلنا: بأنه تقبل هذه الشهادة على الميت بثبوت الدين عليه، ولم يظهر ذلك فى حق المسلم، حتى لا يزاحمه فى التركة، فإذا قضى بدين الغريم المسلم، فإن فضل شىء كان ذلك له؛ لأن دينه ثبت على الميت ليس فى ظهوره فى حق التركة بعد فراغها عن دين المسلم إبطال حق المسلم، فقبلت بخلاف ما قبل فراغ التركة عن دين المسلم؛ لأن هناك فى إظهاره فى التركة إبطال حق المسلم عن التركة بشهادة الكفار، فإنه لا يجوز.

---

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى م وف يخاصه، فالأول مشتق من الحصص، والثانى من التخصيص.

قال ابن سماعة عن أبى يوسف فى نصرانى مات وترك ابنين، فأسلم أحدهما بعد موت أبيه، ثم إن رجلا نصرانيّا أقام بينة من النصارى أنه ابن الميت النصرانى، قال: فإنى أقبل بينته على النسب، فأجعله شريك النصرانى منهما، ولا أجعله شريك المسلم فيما فى يديه؛ لأن هذه الشهادة تضمنت إثبات النسب من الميت، وأنه يختص بالميت الذمى، فتقبل شهادتهم لإثبات هذا الحكم، وتضمنت استحقاق بعض ما فى يد الابنين؛ لأنه ظهر لهما شريك ثالث، فيكون له حق مشاركتهما، وأنها حجة فى حق الذى لم يسلم، فثبت له حق مشاركته، وليست بحجة فى حق الذى أسلم، فلا يثبت له حق مشاركته إياه؛ لانعدام الحجة فى حقه.

وكذلك لو ترك ابنًا واحدًا نصرانيًا، فأسلم بعد موت أبيه، ثم جاء نصرانى، وادعى أنه ابن الميت، وأقام بينة من النصارى، فإنى أقضى بنسبه من الميت؛ لأن النسب أمر يختص الميت، وهذه الشهادة حجة فى حقه، ولا أعطيه شيئًا مما فى يد الابن المسلم؛ لأنها ليست بحجة فى حقه، فلا يجوز استحقاق شىء مما فى يد المسلم بشهادتهم.

ثم استشهد بمسألة الغريمين أحدهما مسلم والآخر ذمى، فأقاما بينة بدين لهما على ميت ذمى من أهل الذمة، أنه تقبل بينتهما فى حق المديون الميت، أما فى حق المزاحمة لا تقبل بينة الذمى على المسلم؛ لأنها ليست بحجة فى حقه، وإن خرج للميت النصرانى مال فضل عن دين المسلم، كان للغريم الذمّى؛ لأن مزاحمة المسلم قد انقطع، فبقى هذا المال للذمى، وهذه البينة حجة فى حقه، فكذلك أمر الابنين الوارثين أحدهما ذمى، والآخر مسلم، أسلم بعد موته، إذا لم يكن بينة الذمى حجة على المسلم، وأنها حجة فى حق الميت الذمى ثبت نسب الذمى من الميت بهذه البينة؛ لأنها حجة فى حقه، ولكن ما لم يكن حجة فى حق المسلم لم يكن له حق مشاركة المسلم.

فرع على ما إذا كان الابن واحدًا، قال: فإن خرج للميت مال، كان ذلك كله للمسلم؛ لأن وراثته ثابتة مطلقًا، ووراثة الذمى غير ثابتة فى حق الابن المسلم، فلايكون له أن يشاركه فيه.

قال: فإن مات المسلم ورث أخاه، يريد به أن بعد ما مات الابن المسلم فميراث الميت الذمى للابن الذمى؛ لأن نسبه لما ثبت من الميت، يثبت وراثته، إلا أنها لم تظهر فى

حق المسلم لمزاحمته إياه، فإذا مات انقطعت مزاحمته، فورث هذا الابن.

قال ابن سماعة: إنما لا يكون للابن الذمى حق المزاحمة مع الابن المسلم فى هذه المسألة إذا أسلم قبل أن يثبت نسب الابن الذمى، أما لو ثبت نسبه قبل إسلامه بهذه البينة، كان له مزاحمة الابن المسلم؛ لأن حال ما أقام البينة هو[1] فى مثل حالة ذمى[2]، فتقبل بينة أهل الذمة عليه، فكان له أن يشاركه، فأما بعد ما أسلم لم يثبت له حق المشاركة بهذه البينة؛ لأنها ليست بحجة فى حقه.

١٥١١٩- ولو مات مولى النصرانى الميت، ولم يمت الابن المسلم، فإنى أجعل ميراثه بين المسلم والنصرانى، قال ابن سماعة: يعنى إذا كان أسلم بعد موته، قال: لأن هذا مال حدث الساعة، وليس بمنزلة مال تركه النصرانى ميراثًا، أشار إلى ما ذكرنا أن بينة النصرانى مقبولة فى حق الميت حتى يثبت نسبه منه، وإنما لم يشارك الابن المسلم فيما قبض؛ لأن هذه البينة ليست بحجة عليه، ففيما أخذه الابن المسلم لايظهر وراثته فى حقه حتى لا يكون قضاء على المسلم بشهادة النصرانى، فأما فيما سواه فالتركة مبقاة على ملك الميت قبل القسمة، على ما عُرف فى موضعه، فكانت هذه شهادة على الميت، وإنما يستحق بها مال الميت، وشهادة أهل الذمة حجة فى حقه.

وكذلك إنما يرث من مولى النصرانى بحكم الولاء، وأنه ثابت له بهذه البينة، فهذه الشهادة حجة فى حقه؛ لأنه ذمى مثله، فصلح أن يكون مستحقًا لميراثه بهذه البينة، وهذا استحقاق عليه، لا على الابن المسلم؛ لما قلنا، فلهذا كان ميراثه بينهما، وإنما فسّره ابن سماعة بأنه أسلم بعد موته؛ لأنه لو كان أسلم قبل موته لايرث منه؛ لاختلاف دينهما.

١٥١٢٠- قال فى "المنتقى": وإذا شهد رجل على امرأته مع آخر أنها ارتدت -والعياذ بالله- وهى تجحد، وتقر بالإسلام، فرّقت بينهما، وجعلت عليه نصف المهر إن لم يكن دخل بها، قال: أقبل شهادة الزوج فى الردة، ولا أبرئه عن المهر، وأجعل جحودها الردة وإقرارها بالإسلام توبة.

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى م: توفي، وفى الأصل متوفى.

(٢) وفى ف: مثل حالة المسلم ذمى.

ولو شهدا عليه أنها أسلمت وهى تجحد، وأصل دينهما كان هو النصرانية، قبلت شهادتهما على الإسلام، وأجعل جحودها وثباتها على النصرانية ردة، ولايبرأ من نصف المهر.

١٥١٢١- وفيه أيضًا: مسلم قال: إن دخل عبدى هذه الدار فهو حر، وقال نصرانى: إن دخل هذا العبد هذه الدار فامرأته طالق، فشهد نصرانيان أنه دخلها بعد اليمينين، فإن كان العبد مسلمًا، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما شهدا على فعل مسلم، وإن كان العبد نصرانيّا قبلت الشهادة على طلاق المرأة، ولا تقبل على عتق العبد، وهو بناء على ما مر أن شهادة النصرانى حجة فى حق النصارى، وليست بحجة فى حق المسلمين.

١٥١٢٢- قال ابن سماعة عن محمد: فى النصرانيين شهدا على مسلم ونصرانى أنهما قتلا مسلمًا عمدًا، قال: لا أجوّز شهادتهما على المسلم، وأدرأ عن النصرانى القتل، وأجعل عليه الدية فى ماله، أما لا تقبل شهادتهما على المسلم فظاهر، وأما يدرأ القتل عن النصرانى؛ لأن القتل واحد، ولم يثبت فى حق المسلم لقصور الحجة، فيورث الشبهة فى حق الكافر، والقصاص لا يستوفى مع الشبهات، قال: وأجعل عليه الدية فى ماله؛ لأن الشهادة على قتلهما ليست بشهادة على اشتراكهما فى جرح واحد، لكن هذه شهادة على جرح موجود من الكافر، وجرح من المسلم، فإذا شاهداً ظهور الموت عقيب الجرحين، كان لهما أن يشهدا عليهما بالقتل، فأقصى ما فى الباب أن الجرح من المسلم لم يثبت لقصور الحجة، ولكنه تكاملت الحجة على الكافر، فيثبت جُرحه، وظهور الموت عقيبه، وتعذر إيجاب القصاص به للشبهة، فوجبت الدية فى ماله؛ لأن المشهود قتل العمد، والعاقلة لاتعقل العمد.

١٥١٢٣- قال ابن سماعة عن محمد: فى مسلم ادّعى على مسلم ونصرانى ألف درهم من ثمن متاع باعه منهما، وأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، وأقام شاهدين من النصارى عليهما بذلك، قال: قبلت بينته على النصرانى، ويأخذ منه جميع الألف، ولا يرجع النصرانى بذلك على المسلم، وإنما يقبل بينته على النصرانى لأن بينته حجة فى حقه، ويأخذ منه جميع الألف، النصف بحكم الأصالة لقيام الحجة عليه،

والنصف بحكم الكفالة ؛ لأن هذه البينة تقتضى ثبوت الألف كلها عليهما ، إلا أنها لم تعمل فى حق المسلم ؛ لأنها ليست بحجة عليه ، أما هى حجة على الكفيل ، فيعمل فى حق الكفيل ، فيثبت المال على المسلم فيما يرجع إلى استحقاق المطالبة ، والأخذ من يد الكفيل ، وإن كان لا يثبت فيما يرجع إلى استحقاق مطالبة المسلم الأصيل ، والأخذ من يده .

واستشهد فى الكتاب فقال : ألا ترى أن رجلا لو ضمن مالا على رجل ، والمدعى عليه يُنكر المال ، ولم يقم عليه بينة أن الضمان جائز ؛ لأن شرط صحة الضمان وجوب المضمون على الأصيل فى حق الكفيل ، وقد وجد ؛ لأنه أقر بذلك ، وإقراره حجة عليه إن لم يكن حجة على الأصيل ، فكذلك فى مسألتنا ظهر وجوب الدين على المسلم فى حق النصرانى الكفيل ، وإن لم يظهر فى حق المسلم الأصيل ؛ لقيام ما هو حجة فى حق الكفيل إن لم يكن حجة فى حق المسلم الأصيل ، فجاز أن يؤاخذ الكفيل بذلك ، ثم لا يرجع الكفيل بذلك على المسلم ؛ لأن الرجوع عليه من حكم ظهور الاستحقاق فى حقه ، ولم يظهر ؛ لأن البينة ليست بحجة عليه .

١٥١٢٤- قال ابن سماعة عن محمد : فى نصرانى اشترى من مسلم عبداً ، وقبضه وباعه من نصرانى آخر ، ثم إن المشترى الثانى وجد به عيبًا بعد ما قبض ، وأقام بينة من النصرانى أن هذا العيب كان به عند المسلم قبل أن يبيعه من النصرانى المشترى ، كان له أن يرده على بائعه النصرانى ، وإن كان بائعه لا يقدر على رده على بائعه المسلم بهذه البينة .

وبهذه المسألة يحتج أبو يوسف فى مسألة الاستحقاق التى مرت فى أول هذا الفصل ، وقال : الشهادة فى هذه المسألة لما تضمنت حكمين : الرد على النصرانى ، وولاية الرد لذلك النصرانى على المسلم ، وهذه البينة حجة فى حق النصرانى ، ليست بحجة فى حق المسلم ، ثبت حكمه فى حق النصرانى ، لقيام الحجة فى حق النصرانى ، وإن امتنع ثبوت حكمه فى حق المسلم ، فكذلك فى المسألة المختلفة .

ولكن الجواب عنه ، وهو الفرق أن فى هذه المسألة المشهود به العيب ، وإذا كان مما يحدث مثله لم يكن البينة عليه مقتضية كون العيب ثابتًا من الأصل ، ولكنه يثبت بقدر ما

يحتاج إليه الرد، فلم تكن هذه البينة مثبتة حكمًا على البائع المسلم ليمتنع قبولها، يوضحه أن هذه البينة لا تثبت حق الرد إلا للمشترى الآخر؛ لأن المشترى الأول لا يقدر على رده إلا بعد عود قديم ملكه إليه، ولم يعد إليه بعد، وإذا لم تكن هذه البينة مثبتة حق الرد للمشترى الأول للحال، لم تكن هذه البينة قائمة على البائع المسلم، بل هى قائمة على هذا البائع النصرانى، وأنها حجة فى حقه، فسمعت عليه، فأما فى المسألة المختلفة، فالمشهود به الملك المطلق، وهو الملك من الأصل، فإذا ظهر بالبينة أن الملك من الأصل للمستحق، ظهر بطلان ملك الباعة كلهم، فكانت قائمة على الباعة جميعًا، ويكون القضاء بها قضاء على الباعة كلهم، فيكون قضاء على البائع المسلم، ولذا لا تقبل بينة واحد من الباعة على الملك المطلق لنفسه؛ لأنه صار مقضيًا عليه، ولهذا كان لكل واحد أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع على بائعه عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف، خلافًا لمحمد.

والدليل عليه أنه انفسخ البياعات الواقعة عندهما على ما روى الخصاف، فثبت أنه قضاء على المسلم البائع، ولا يجوز القضاء على المسلم ببينة أهل الكفر.

ثم استشهد لإيضاح الفرق، فقال: ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبدًا، فباعه من آخر، فاستحقه رجل من يد المشترى، فرجع المشترى بالثمن على بائعه، أن لبائعه أن يرجع على بائعه من غير إعادة البينة، وبمثله لو رده المشترى على بائعه بالعيب بالبينة، لم يكن لبائعه أن يردّه على من اشتراه منه حتى يعيد البينة عليه.

وهذا إشارة إلى ما ذكرنا من الفرق أن القضاء بالملك المطلق للمستحق قضاء على جميع الباعة، فاستغنى عن إعادة البينة؛ لأن تلك البينة قائمة عليه؛ لأنها قامت على من انتصب خصمًا عنه، وهو المشترى، بخلاف مسألة العيب؛ لأن البينة على العيب قائمة على البائع دون بائع البائع؛ لأنه لا يتعدّى حكمه إليه للحال، كما ذكرنا، والذى يوضح الفرق أن القضاء بالملك المطلق لما كان قضاء بالملك من الأصل، لابد من أن يكون البائع المسلم مقضيًا عليه بشهادة الكفار، وأنه لا يجوز.

فأما شهادة الشهود على أن هذا العيب كان عند البائع المسلم شهادة أنه كان فى يد البائع الكافر الذى اشتراه من المسلم؛ لأنهم شهدوا ببقاء ذلك العيب إلى هذا الوقت،

فقد شهدوا بقيام العيب عند البائع النصراني، وشهادتهم حجة عليه، فقبلت وثبت قيام هذا العيب في يده، وشهدوا أيضًا بإسناد هذا العيب إلى زمان سابق، وهو حال ما كان في يد المسلم، وشهادتهم ليست بحجة عليه، فيثبت قدر ما أمكن إثباته بشهادتهم، وهو كون العيب موجودًا في يد الكافر دون المسلم، وأنه غير مستحيل ليكون عملا بقدر الدليل.

١٥١٢٥- قال ابن سماعة: سمعت محمدًا يقول: في المسلم قطع يد نصراني عمدًا، وزعم القاطع أنه عبد، يعني القاطع عبد النصراني، وادعى المقطوعة يده أنه حر، فأقام رجل وامرأتين من المسلمين على أنه أعتقه مولاه منذ سنة، قال: أجعله حرًا، وأقتصُّ منه، وهذا لأنه ادعى لنفسه حق استيفاء القصاص من القاطع، ولا يمكنه ذلك إلا بإثبات حرية القاطع؛ لأن القصاص في الأطراف لا يجري بين العبدين، ولا بين الحر والعبد، وإذا كان لا يمكنه إثبات القصاص إلا بإثبات العتق، صار خصمًا في حق إثبات العتق، فهذه بينة قامت على خصم، فقبلت، وكذلك العبد لا يمكنه دفع القصاص عن نفسه إلا بإنكار العتق، فانتصب خصمًا عن مولاه في إنكار العتق، فقامت هذه البينة على خصم، فقبلت هذه البينة، ثم الثابت بهذه البينة في صورة شرط جريان القصاص، فكان كالإحصان في باب الرجم، فإنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا، كذا هذا.

وإن أقام المقطوعة يده شاهدين نصرانيين أن مولاه أعتق منذ شهر، وأراد أن يقتص له، فإنه يعتق بهذه الشهادة، ولا أقتص من القاطع؛ لأن هذه الشهادة حجة على المولى النصراني، فيثبت العتق في حقه بهذه الشهادة، وليست بحجة على القاطع المسلم، فلم يظهر العتق في حقه لاستيفاء القصاص منه، قالوا: وينبغي أن يكون القضاء بالعتق في هذه الصورة قولهما، لا قول أبي حنيفة، فإن أبا حنيفة لايرى قبول الشهادة على عتق العبد بدون دعواه، ولم يوجد ههنا دعوى العبد، فإنه منكر لذلك.

قال: ألا ترى أن مسلمًا لو قال: إن طلق فلان النصراني امرأته فعبدي حر، فشهد نصرانيان أنه طلّق امرأته، بعد هذا القول إني أطلق امرأة النصراني، ولا أعتق عبد المسلم؛ لأن هذه الشهادة حجة في حق النصراني دون المسلم، والطلاق ينفصل عن العتق، فأمكن إثبات أحدهما دون الآخر، فيثبت الطلاق دون العتق،

ويجعل فى حق العتق كأن الطلاق غير نازل لانعدام الحجة على ظهوره فى حق المسلم، كذا هذا[١] .

قال : ألا ترى أن نصرانيًا لو مات، وترك ألفًا لا مال له غيرها ، فأقام كل واحد من مسلم ونصرانى بينة من النصارى أن له عليه ألفًا، أنه يقضى بها للمسلم، ولا شركة للنصرانى ؛ لأن شهادة النصارى حجة على النصرانى دون المسلم، فيثبت بقدر الحجة، فكذا ههنا .

قال : ألا ترى أن نصرانيًا فى يده طيلسان، أقام كل واحد من مسلم ونصرانى نصرانيين أن النصرانى أقر بالطيلسان له، أنى أقضى له للمسلم ؛ لما قلنا، كذا هذا .

قال : ألا ترى أن رجلا لو شهد عليه ابناه أن لفلان عليه ألف درهم، فقال : إن كان لفلان على ألف درهم فأمهما طالق، فشهد ابناه بالمال، إنى أقضى بالمال، ولا أطلق الأم إذا ادعت ؛ لأن شهادتهما للأم غير مقبولة، وللأجنبى مقبولة، فتقبل شهادتهما للأجنبى بالمال على وجه لا يظهر فى حق أمهما، كذا هذا، وما ذكر محمد فى ابتداء المسألة أن المقطوعة يده إذا أقام رجلا وامرأتين من المسلمين على أن المولى أعتقه، اقتصصت منه .

١٥١٢٦- وفى "نوادر هشام" : قال : سألت أبا يوسف عن رجل قال : إن شربت خمرًا، فعبدى حر، فشهد عليه رجل وامرأتان أنه قد شرب الخمر، قال : أعتق العبد، ولا أحدّه، ولا فرق بين المسألتين ؛ لأن الثابت فى المسألتين بهذه البينة فى صورة شرط جريان القصاص، وفى صورة شرط جريان الحد .

١٥١٢٧- وإن شهد رجل وامرأتان أن لفلان على زوج إحدى المرأتين ألف درهم، وقد كان قال الزوج : إن كان لفلان علىّ ألف فأنت طالق، فإنى أقضى بالمال، ولا أطلق المرأة ؛ لأنها شهدت لنفسها بوقوع الطلاق، ولأجنبى بالمال، فقبل الشهادة للأجنبى، ولم يثبت المال عليه فى حق كونه شرطًا لوقوع الطلاق ؛ لما ذكرنا من المعنى، كذا هذا .

١٥١٢٨- قال فى كتاب الرهن : ذمى مات فادعى ذمى بعض متاعه رهنا، وأقام

---

(١) وفى الأصل : كذا هنا .

بينة من أهل الذمة، وادعى مسلم عليه دينًا، فأقام بينة من المسلمين، أو من أهل الذمة فإني آخذ ببينة المسلم، فابدأ بدينه حتى يستوفى المسلم دينه، فإن بقى شيء كان للذمى، وهذا لأن بينة المسلم الذمى قامت بالدين على الميت، وعلى الغريم المسلم بالمزاحمة، وأنها حجة قامت فى حق الميت؛ لأنه كافر، وليست بحجة فى حق المسلم، فلا يظهر الدين بهذه البينة فى حق المزاحمة للمسلم، وبينة المسلم حجة على الميت، والغريم النصرانى، فكانت أولى، فلهذا يبدأ بدين المسلم.

ثم قال: ولا يجوز رهن الذمى حتى يستوفى المسلم دينه؛ لأن الحجة على الرهن شهادة أهل الذمة، وأنها ليست بحجة على المسلم، فلم يثبت الرهن فى حق، فكان أخص به، كما فى غيره من التركة.

وإن كان شهود الذمى مسلمين، وشهود المسلم ذميين أو مسلمين، كان الذمى أحق بالرهن حتى يستوفى دينه؛ لأن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على الميت وعلى صاحبه، فقبلت بينتهما، وتثبت ببينة الذمى اختصاص الذمى بالرهن، ولم يعرف مثل ذا الاختصاص للمسلم به، فصار الذمى أولى بالرهن من هذا الوجه.

١٥١٢٩- قال فى "المنتقى": عبد باعه نصرانى من نصرانى، ثم باعه المشترى من نصرانى آخر، ثم وثم حتى تداولته عشرة أيدى من الباعة كلهم نصارى، ثم أسلم واحد منهم، ثم ادعى العبد أنه حر الأصل، وأقام على ذلك شهودًا من النصارى، قال زفر: لا تقبل بينته، سواء أسلم أولهم، أو آخرهم، أو أوسطهم حتى يقيم بينة من المسلمين، وقال أبو يوسف: إن كان المشترى الآخر هو الذى أسلم لم تقبل بينته، وإن كان غيره أسلم، قضى بعتقه، وترادّوا الثمن فيما بينهم حتى ينتهوا إلى المسلم، فلا يؤخذ برد الثمن، ولا من قبله من الباعة، وإن كان العبد أقام البينة على الإعتاق، فإن أقام بينة أن البائع الأول قد أعتقه، وقد أسلم الأول والشهود نصارى لا أقبل بينته، وكذلك إن كان الأوسط هو الذى أسلم، لا تقبل بينته على عتق الأوسط، ولا على عتق من بعده، وتقبل بينته على عتق من قبله، وهذا قول أبى حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: أى الباعة أقام عليه البينة من النصارى أنه أعتقه الذى قبل المسلم، والذى بعده سواء، وتقبل شهادته، وقضى بعتقه إلا أن تقوم البينة على المسلم،

فلا تقبل، وإذا أقام على غيره يراجعون حتى ينتهوا إلى المسلم، فلا يرجع عليه، ولا على من قبله إلا أن يقر بذلك المسلم، ويترادون بالثمن حتى ينتهوا إلى الذى أعتقه.

١٥١٣٠- قال محمد فى كتاب الحوالة والكفالة: إذا ادّعى مسلم على كافر مالا، وادّعى ضمان مسلم عنه، وأقام بينة من أهل الكفر بأصل المال، وبكفالة المسلم عنه، فإن المال يثبت فى حق الأصيل، ولا يثبت فى حق الكفيل؛ لأن شهادة أهل الذمة حجة فى حق الأصيل؛ لأنه ذمى، وليس بحجة فى حق الكفيل؛ لأنه مسلم، فصار فى حق الكفيل كأنه لم يقم البينة أصلا، وإنما وُجد فى حقه مجرد الدعوى.

١٥١٣١- ولو أن رجلا مسلمًا كفل لكافر عن كافر بألف درهم، فقال الكافر الذى عليه الأصل: لم آمره أن يضمن عنى، فجاء المسلم بشاهدين من أهل الكفر، أنه قد أمره بالضمان، وأقر الطالب أن قد استوفى منه المال كان له أن يرجع عليه؛ لأن شهادة الذمى حجة على الذمى كشهادة المسلم، ولو شهد بذلك الأمر شاهدان مسلمان، وأقر الطالب أنه استوفى[1] رجع الكفيل بذلك على الذى عليه الأصل، فكذلك هذا.

١٥١٣٢- قال فى "الأقضية": وإذا ادعى رجل مسلم على رجل مسلم مالا، وجحد المطلوب، وادّعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة بالمال بأمر، وجحد الكفيل ذلك، فشهد رجلان من أهل الذمة على ذلك، فإنه لا يجوز على المسلم شيء من ذلك، ويجوز على الذمى حتى يؤخذ الكفيل بالمال، وإذا أدّى لا يرجع على الأصيل، هكذا ذكر فى عامة روايات هذا الكتاب.

وذكر فى بعض روايات هذا الكتاب، وقال: لا تقبل الشهادة أصلا، وجه ما ذكر فى بعض الروايات، وهو أن الكفيل متحمل عن الأصيل، ولم يلزم الأصيل شيء بهذه الشهادة، فلا يلزم الكفيل.

ووجه ما ذكر فى بعض الروايات أن شهادة أهل الذمة حجة فى حق الذمى الكفيل، وليس بحجة فى حق الأصيل، فيثبت بهذه الشهادة المال على الأصيل فى حق الكفيل، وإن كان لا يثبت فى حق الأصيل نفسه، ويجوز أن يعتبر الدين واجبًا فى حق الكفيل، ولا يعتبر فى حق الأصيل، كمن قال: لك على فلان ألف درهم، فكفلت لك

(١) هكذا فى ظ وم وف، وكان فى الأصل: استوفى منه.

بها عنه، وأنكر الأصيل أخذ الكفيل به، ولم يؤاخذ به الأصيل، فكذلك هذا، وإذا كان الصك[1] عليهما، وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه بجميع المال بشهادة أهل الذمة، وهما يجحدان، فإن الذمى يؤخذ بالمال كله، ولا يؤخذ المسلم، وإذا أدّى لا يرجع على المسلم، وقد مرت المسألة من قبل.

١٥١٣٣- وإذا كفل مسلم بنفس ذميّ، أو بمال عليه لمسلم، أو لذمّى، وشهد عليه أهل الذمة، فإن جحد المسلم الكفالة لم يجز ذلك عليه؛ لأن شهادة أهل الذمة ليست بحجة على المسلم، وإن أقر بها، جاز ذلك عليه لإقراره، فإن أدّى المال، وشهد شهود من أهل الذمة أنه كفل بأمره، رجع به؛ لأن شهادة أهل الذمة حجة على الذمى، وفى إثبات الأمر قامت على الذمّى لمسلم فقبلت.

١٥١٣٤- قال ابن سماعة عن محمد: فى رجل مسلم أذن لعبده النصرانى فى التجارة، فشهد عليه نصرانيّان أنه اشترى متاعًا بألف درهم جازت، وقد مرت المسألة من قبل.

ولو شهد نصرانيان عليه أنه قتل هذا الرجل أو فرسه، لا تجوز شهادتهما على قتل الرجل، ويجوز على قتل الفرس؛ لأن ضمان استهلاك الفرس يلزم العبد، فكان هو الخصم، فالشهادة إنما تقوم حجة عليه، وهو كافر، فصح، ولزم، وأما حكم القتل وهو وجوب القصاص إن كان عمدًا، أو التخيير بين الدفع والفداء إن كان خطأ إنما يلزم المولى باعتبار أنه يتلف به مالية نفسه فى القصاص، ويستحق عليه دفع العبد الذى هو ملكه فى الخطأ، وعلى كلا الوجهين هذه شهادة قامت على المولى هو مسلم، فلا تقبل شهادتهما عليه، وهذا عندهما، فأما عند أبى يوسف تقبل البينة عليه فى القصاص دون المال فى الخطأ.

قال محمد: وأصل ذلك أن كل شىء أجزت إقراره فيه لو أقر به، أجيز عليه شهادة أهل دينه إذا أنكره؛ لأن مولاه أذن له فى ذلك، وأجاز إقراره فيه.

وبيانه: إن إقرار الإنسان إنما يصح على نفسه لا على غيره، فإذا صحّحنا إقراره علم أن المقر به يخصه، ولا يتعدى بسببه شىء إلى غيره، إذ لو كان كذلك لامتنع صحة

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى م: الأصل، وفى م الأصيل.

الإقرار ؛ لمكان ذلك الغير ، قلنا : وإقراره في ضمان المبايعة ، وضمان استهلاك الفرس صحيح ، فكان هذا حكمًا يخصّه ، فإذا أنكر وقامت عليه البينة بذلك من أهل الكفر ، فهذه شهادة قامت عليه ، لا على المسلم ، فقبلت ، وما لايصح إقراره فيه ، علم أنه حق غيره ، فإذا أنكره لا يمكن إثباته إلا على ذلك الخصم .

قال : ألا ترى لو أن رجلا أمره هذا العبد وهو محجور عليه أن يشترى له عبد فلان بثمن مسمى ، فأذن له المولى فى ذلك ، فاشترى منه أنه جائز ؛ لأن العبد من أهل الشراء ؛ لأنه كلام وهو من أهل الكلام الصحيح ، وإنما امتنع تصرفه لضرر يلحق المولى ، فإذا رضى به نفذ ذلك ، فإن جحد أن يكون اشتراه ، فشهدت عليه بينة من النصارى أنه اشتراه ، جازت شهادتهم ، لا هذه شهادة على العبد ، وهو كافر ، والضرر يلحق المولى من جهة العبد قد رضى بذلك حين أذن له .

١٥١٣٥- قال : عبد أو صبى مأذون له فى التجارة ، شهد عليه ذميّان بغصب أو وديعة أو بضاعة ، أو مضاربة استهلكها ، أو جحدها ، أو شهد بإقراره بذلك ، أو شهدا عليه ببيع أو شراء ، أو قرض أو رهن ، وهو يجحد ، فإنه لا يخلو إما إن كان المشهود عليه مسلمًا ، والآذن وهو المولى أو الوصى كافرًا ، أو كان الآذن مسلمًا ، والمشهود عليه كافرًا ، فإن كان المشهود عليه مسلمًا ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأن هذه شهادة عليه دون الآذن ، وهو مسلم ، ولا شهادة للكافر على المسلم ، وإن كان المشهود عليه كافرًا ، تقبل شهادتهما ؛ لأن هذه شهادة عليه دون الآذن ، وأنه كافر ، فتقبل شهادتهما ، ولا تمتنع قبول هذه الشهادة لمكان الضرر لمولى ؛ لأنه قد رضى به حين أذن ، ألا ترى أنه جاز إقراره على نفسه بذلك ، وإن لحق ضر ؛ لما ذكرنا .

ثم إذا قبلت هذه الشهادة ، وظهر الدين عليه ، تباع رقبته فيه ؛ لأن الدين إنما يجب فى ذمة العبد شاغلا ماليته ، فإن بيع العبد بألف درهم ، وأوفى الغريم دينه ، وهو ألف درهم ، ثم أقام مسلم شاهدين أن له على العبد ألف درهم دين قبل أن يُباع ، فإنه يأخذ الألف من الغريم الذى كان قضاه ، ويدفعه إلى هذا المسلم ؛ لأن شهادة شهود الغريم المسلم حجة على العبد ، والغريم الأول وشهادة شهود الغريم الأول ليست بحجة فى حق الغريم المسلم ؛ لأنهم كفار ، فلم يكن له أن يزاحمه ، فكان المسلم أولى به ، ألا ترى

أنه لو حضر وأقام شهوده قبل القضاء، كان مقدمًا عليه، فكذلك بعده، وصار هذا كالمقضى عليه بالملك المطلق لو أقام بينة على النتاج، رد عليه؛ لأنه لو أقامها قبل القضاء قضى، فكذلك بعده، كذا ههنا.

ولو كان شهود الغريم الأول مسلمين، والغريم الأول كافر، ثم أقام مسلم أو كافر كافرين أنه كان له على العبد ألف درهم اشتركا فيه؛ لأن شهادة كل فريق حجة على فريق الآخر، فاستويا في الاستحقاق، فيشتركان فى الألف، وتكون بينهما نصفان، ألا ترى أن الغريم الثانى لو أقام شهوده قبل القضاء، اشتركا فيه، فكذا بعده.

قال: ألا ترى أن كافرًا لو هلك فأسلم وارثه، فأقام كافر مسلمين أن له على الميت ألف درهم، فإن القاضى يقضى بالألف له قضاء من دينه، فإن قضى له بذلك، ثم إن مسلمًا أو كافرًا أقام كافرين أن له على الميت ألف درهم، إن الغريم الثانى يشارك الغريم الأول على قدر دينهما؛ لأن هذه البينة قامت على الميت، وأنه كافر، فتقبل شهادة أهل الكفر عليه، كما تقبل شهادة المسلمين، والغريمان كافران، وشهادة أهل الكفر عليهما حجة، كشهادة المسلمين، فلم تعتبر الشهادة الثانية قائمة على الابن، إذ لو اعتبرت قائمة على الابن؛ لما قبلت؛ لأن الابن مسلم، إنما لم يفعل كذلك لأن الغريم الأول لما استحق الألف بما هو حجة على الابن المسلم، خرج تلك الألف من أن يكون لذلك الابن فيه حق، فكان هذا استحقاقًا على الغريم لا على الابن، والغريم كافر، فتقبل هذه البينة عليه.

١٥١٣٦- وإن أذن المسلم لعبده الذمى فى التجارة، فادعى عليه مسلمان، كل واحد منهما ألفًا، وأقام أحدهما مسلمين، والآخر ذميين، فإن القاضى يقضى بالدين كله؛ لأن هذا قضاء على العبد، وأنه كافر، وقد أقام كل واحد منهما ما هو حجة عليه، ولكنه يبدأ، فيوفى للذى شهد له المسلمان؛ لأن شهادة شهود المسلمين حجة على العبد وعلى صاحبه، وشهادة شهود صاحبه ليست بحجة عليه؛ لأنه مسلم، وهم كفار، فلم يظهر دين صاحبه فى حق مزاحمته، فإن فضل شىء كان للذى شهد له الكافران؛ لأنه ثبت دينه على العبد، لكنه لا يظهر فى حق الذى شهد له مسلمان؛ لقصور الحجة عليه، فإذا فرغ عن حقه، ظهر دينه على العبد، فيستوفيه منه، فإن صدق العبد الذى شهد له

الكافران اشتركا فيه ؛ لأنه سقط حكم شهادة الكافرين ؛ لأن شرط قبول الشهادة الإنكار من الخصم ، وقد انعدم وثبت له الدين على العبد بإقراره ، وما ثبت بإقرار العبد فى حالة الإذن والصحة مساو للدين الثابت بالبينة ، فلهذا اشتركا .

وكذلك إن كان الذى شهد له الكافران مسلمًا ، والذى شهد له المسلمان كافرًا ؛ لأن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على صاحبه ، فاستويا فيه ، فاشتركا .

١٥١٣٧- ولو أقام مسلم مسلمين بألف درهم على العبد ، وأقام ذمى مسلمين أيضًا بألف درهم ، وأقام ذمى ذميين أيضًا بألف درهم ، فإن القاضى يقضى بدينهم على العبد ، فيباع العبد وما فى يده ، فيعطى المسلم[1] والذمى الذى شهد له المسلمان لكل واحد منهما نصف ذلك ، وإنما قضى القاضى بدينهم على العبد ؛ لأن كل واحد منهم أقام ما هو حجة على العبد ، فوجب القضاء بها عليه ، إذ لا تنافى فى الوجوب عليه ، فلا يقع المزاحمة ، فإذا آل الأمر إلى الاستيفاء ، ووقعت المزاحمة ، وبيع العبد وما فى يده ، ولم يف ذلك بالديون ، يقدم دين المسلم والذمى الذى له شاهدان مسلمان ؛ لأن ما أقام الذمى الآخر ليس بحجة فى حق المسلم ، فلم يظهر دينه فى حق المسلم ، فلا يشاركه ، والذمى الذى أقام مسلمين مع المسلم أقام كل واحد منهما ما هو حجة فى حقه ، فقسم ثمن العبد وما فى يده بينهما .

ثم الذمى الذى شهد له الكافران يرجع على الذمى الذى شهد له المسلمان ، فيأخذ نصف ما فى يده ؛ لأن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على الميت وعلى صاحبه ، فقد استويا فى سبب الاستحقاق ، فيأخذ نصف ما فى يده ، فيستويان فى الاستحقاق ، ثم المسلم يرجع على الذمى الذى شهد له الكافران ، فيأخذ منه نصف ما فى يده ؛ لأن دين المسلم ثبت بما هو حجة فى حق هذا الذمى ، ودين هذا الذمى ثبت بما ليس بحجة فى حق هذا المسلم ، فأى شىء يكون من ثمن العبد لا يكون لهذا الذمى حق المشاركة فيه معه ، وكان ينبغى أن يأخذ جميع ما فى يده ؛ لأن جميع ما فى يده ثمن العبد ، وحق المسلم من ثمن العبد مقدم على حق هذا الذمى ، إلا أنه إنما لا يأخذ جميع ذلك ؛ لأنه لو أخذ كان للذمى الذى شهد له مسلمان أن يأخذ منه نصفه ؛ لأنه يساويه فى ثمن العبد ، فلا يفيد

(١) هكذا فى ظ ، م ، ف ، وكان فى الأصل : فيعطى العبد المسلم .

أخذ الكل، أما إذا أخذ المسلم نصف ذلك، لا يكون للذمى الذى شهد له مسلمان أن يأخذ شيئًا؛ لأن من حجة المسلم أن يقول: حصتك مما كان فى يد هذا الذمى باقٍ فى يده، فلا سبيل لك علىّ.

١٥١٣٨- ولو كان أحد الغرماء كافرًا، شهد له مسلمان، والآخران مسلمان شهد لأحد المسلمين مسلمان، وللمسلم الآخر كافران، فإن ثمن العبد يقسّم بين المسلم الذى شهد له مسلمان، وبين الكافر نصفين؛ لاستواءهما، فإن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على صاحبه، ثم يدخل المسلم الذى شهد له كافران على الكافر، ويأخذ منه نصف ما فى يده؛ لأن حجة كل واحد منهما حجة على صاحبه، فيستويان فى الاستحقاق.

١٥١٣٩- ولو كان العبد مسلمًا، والمولى كافرًا، وأحد غريمى العبد مسلم، شهد له كافران، والغريم الآخر كافر، شهد له مسلمان، فإنه يقضى للكافر دون المسلم؛ لأن الكافر أقام ما هو حجة على العبد؛ لأن العبد مسلم، وشهود الكافر مسلمون، والمسلم أقام ما ليس بحجة على العبد؛ لأن شهود المسلم كافران، وليس للمسلم أن يشارك الكافر، ويقول: شهودى حجة عليك، كما تقدم من المسائل؛ لأن المشاركة إنما يكون بعد ثبوت أصل الدين، وفى المسألة المتقدمة أصل الدين ثابت على العبد؛ لأنه كافر، وشهادة الكافر على الكافر حجة، وفى هذه المسألة أصل الدين غير ثابت؛ لأن العبد مسلم، وشهادة الكافر على المسلم ليس بحجة.

ولو كان العبد المسلم محجورًا عليه، والمولى كافر، كان بمنزلة ما وصفت، يعنى لا تقبل شهادة الكافر على العبد، فيقضى للكافر الذى شهد له مسلمان، ولا يقضى للمسلم الذى شهد له كافران، وهذا مشكل؛ لأن المولى فى العبد المحجور عليه هو المقضى عليه، والضرر راجع عليه، والمولى كافر، فتكون شهادة الكفار حجة عليه، ولكن الوجه فى ذلك أن هذه الشهادة على إثبات فعل المحجور؛ لأن الدين إنما يجب على الإنسان بفعل باشره، والعبد المحجور مسلم، وشهادة الكافر على إثبات فعل المسلم لا تقبل، وقد مر هذا.

١٥١٤٠- ولو كان العبد المحجور كافرًا، والمولى مسلم، فأقام مسلم ذميين على

العبد بغصب ألف درهم، وأقام ذمى مسلمين عليه بغصب ألف درهم، فإن القاضى يقضى بثمن العبد للذمى؛ لأن الذمى أقام ما هو حجة على العبد وعلى المولى، فأما المسلم أقام ما ليس بحجة على المولى، فالمقضى عليه فى المحجور هو المولى.

قال: ثم إذا قبض الكافر دينه شاركه المسلم فيما قبض؛ لأن أصل دينه قد ثبت على العبد؛ لأن شهوده حجة على العبد، وعلى شريكه الذمى، فيثبت له حق المشاركة معه.

طعن القاضى أبو حازم على محمد فقال: ينبغى أن لا يكون للمسلم حق المشاركة مع الذمى؛ لأن أصل دينه لم يثبت؛ لأن الخصم فيه المولى، وأنه مسلم، وصار هذا نظير العبد المأذون المسلم إذا شهد عليه كافران لمسلم بدين ألف، وشهد عليه مسلمان لكافر بدين ألف، وقضى القاضى بدين الكافر، وإذا قبض الكافر دينه، فليس للمسلم أن يشاركه فيما قبض؛ لأن دين المسلم لم يثبت؛ لأن العبد مسلم، وشهود المسلم كفار.

والجواب عن هذا الطعن، وهو الفرق بين المسألتين أن فى تلك المسألة العبد مسلم، وشهود المسلم كفار، وشهادة الكفار ليست بحجة على المسلم، فلم يثبت دين المسلم على العبد، ولم يستحق المسلم شيئًا من كسبه، فلا يثبت للمسلم حق المشاركة؛ لأن حقّ المشاركة فى الكسب إنما يثبت بعد استحقاق الكسب بناءً على ثبوت الدين على العبد، أما ههنا العبد كافر، فأمكن القول بثبوت الدين على العبد، إلا أنه لا يقضى للمسلم بالمشاركة فى الابتداء؛ لأن فى ابتداء الاستحقاق على المولى، ودين المسلم لم يثبت على العبد فى حق المولى؛ لأن المولى مسلم، وشهود الغريم المسلم كفار، فإذا قضينا بدين الكافر، وخلص ثمن العبد للكافر، أثبتنا للمسلم حق المشاركة معه؛ لأن دين المسلم قد ثبت فى حق الغريم الكافر، والمشاركة فى هذه الحالة تقع استحقاقًا على الكافر.

١٥١٤١- قال: مسلم أو حربى أو ذمى أذن لعبده الذى ليس بمسلم فى التجارة، فشهد عليه مسلمان لمسلم بدين، وذميّان لمسلم بدين وحربيّان مستأمنّان لمسلم بدين، فإن شهادة الحربيين لا تقبل، أما إذا كان المولى مسلمًا أو ذميًا؛ لأن العبد ذمى فى هذه الصورة؛ لأنه بقى فى دارنا على التأبيد تبعًا لمولاه، وهذه الشهادة على العبد، وشهادة

أهل الحرب على الذمى لا تقبل .

وأما إذا كان المولى حربيًا مستأمنًا ، فلأن المسألة مصورة فيما إذا اشترى الحربى عبدًا فى دار الإسلام ، والحربى المستأمن لا يمكن من إدخال رقيق اشتراه فى دار الإسلام دار الحرب ، بل يبقى فى دارنا على التأبيد ، ويصير ذميًا ، ولكن يقضى عليه بشهادة المسلمين والذميين ؛ لأن شهادتهم حجة على العبد وعلى الغريم الآخر ، وشهادة الغريم الآخر إن كان حجة على العبد ، فليس بحجة على الآخر ، ثم يبدأ بدين المسلم الذى شهد له مسلمان ؛ لأن شهادة شهوده حجة على العبد ، وعلى المسلم الآخر ، وشهادة شهود المسلم الآخر ليست بحجة على هذا المسلم .

ولو كان العبد ومولاه حربيين ، قضى بدينهم جملة يريد به إذا دخل الحربى دار الإسلام ومعه عبد حربى استأمن على نفسه وعلى العبد ، فالعبد يكون حربيًا فى هذه الصورة مثل المولى ، ألا ترى أن المولى يمكن من إدخاله دار الحرب ، وشهادة الحربى حجة على الحربى ، كما أن شهادة المسلم والذمى حجة عليه ، لكن يبدأ بدين المسلم الذى ثبت بشهادة المسلمين ؛ لأن شهادة شهوده حجة على العبد ، وعلى الغريمين الآخرين ، وشهادة شهود الغريمين الآخرين إن كان حجة على العبد ، فليست بحجة على هذا المسلم ، فلم يثبت دين الغريمين الآخرين فى حق هذا المسلم ، فلهذا بدأ بدينه .

١٥١٤٢- كافران شهدا على كافر بدين أو وديعة أو طلاق أو عتاق ، فأنفذ القاضى ذلك ، ثم أسلم المشهود عليه ، فإنى أجيز ذلك ، ولا أرده ؛ لأن القضاء قد تمّ لاستجماع شرائطه ، وقيام حجة القضاء ، وهى الشهادة ، فإن شهادة الكفار حجة للقضاء على الكفار ، وأنه كان كافرًا وقت القضاء ، فيلزمه ذلك بشهادتهم ، وبإسلام من بعد لا يظهران تلك الشهادة ، لم تكن حجة عليه ، ولا يظهر بطلان القضاء .

١٥١٤٣- قال محمد فى "الجامع الصغير" : نصرانى مات فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت : أسلمت بعد موته ولى الميراث ، وقالت الورثة : لا ، بل أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة ؛ لأن المرأة ادعت ما هو حادث من كل وجه ؛ لأن الإسلام بعد الكفر حادث من كل وجه ، فكانت مدعية ، فلا يقبل قولها إلا بحجة .

فإن قيل : لماذا لا يترجح دعوتها بسبب الإسلام؟ قلنا : الإسلام إنما يترجح حالة

المساواة فى الدعوى، ولا مساواة ههنا.

فإن قيل: إذا كان الإسلام بعد الكفر حادثًا من كل وجه، والأصل فى الحوادث أن يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات، وأقرب الأوقات ما بعد موت الزوج يجب أن يجعل القول قولها، لتمسكها بما هو الأصل.

قلنا: هذا الأصل معارض بأصل آخر، فإن الأصل أن يجعل القول قول من يشهد له الظاهر، والظاهر شاهد لوارث ههنا، فإنها مسلمة فى الحال، والحال حكم فى التعريف عما مضى فى الدفع دون الإثبات، كما فى مسألة الطاحونة، فالحال يشهد للورثة، وفى اعتبار الحال دفع الميراث لا إبطال شىء، أو إلزام شىء على الغير، فوقعت المعارضة بين الأصلين، فتساقطا بقى ما ذكرنا، وهو دعواها أمرًا حادثًا من كل وجه خاليًا عن المعارض، فلا يقبل قولها إلا بحجة.

١٥١٤٤- ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية، فتقول وهى مسلمة وقت الخصومة: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موته، فالقول قول الورثة أيضًا؛ لما ذكرنا أنها تدعى أمرًا حادثًا من كل وجه.

فإن قيل: ينبغى أن يجعل الحال حكمًا فى معرفة حكم ما مضى، كما فى المسألة المتقدمة، وهى مسلمة فى الحال، فيحكم بإسلامها فيما مضى؟

قلنا: الحال حكم ظاهر فى الدلالة على الماضى، وليس بدليل قطعى، والظاهر يصلح حجة للدفع، لا لإثبات شىء لم يكن، والورثة هم الدافعون فى المسألتين جميعًا، أما فى المسألة الأولى فظاهر، وأما فى المسألة الثانية؛ فلأنهم ينكرون إسلامها فيما مضى لدفع الميراث.

تحقيقه: إن سبب الحرمان ظهر فى الفصلين، وهو اختلاف الدين، فهى تدعى الوراثة بعد ظهور سبب الحرمان بدعوى أمر حادث من كل وجه، والورثة ينكرون ذلك، فكان القول قولهم.

١٥١٤٥- قال فى "الأصل": وإذا مات الرجل وترك ابنين مسلمين، فقال أحدهما: مات أبى مسلمًا وقد كنت مسلمًا، أسلمت حال حياة الأب، وقال الآخر: صدقت، وقد كنت مسلمًا أيضًا أسلمت حال حياة الأب، وكذّبه الابن المتفق على

إسلامه، وقال: إنما أسلمت بعد موت الأب، فإن الميراث للابن المتفق على إسلامه، وعلى الآخر البينة أنه أسلم قبل موت أبيه، أما الميراث للابن المتفق على إسلامه؛ لأن وراثة الابن المتفق على إسلامه ثابت باتفاقهما، فإنهما تصادقا على موت الأب مسلمًا، وعلى إسلامه قبل موت أبيه، وعلى الآخر البينة، وذلك لأن الآخر ادّعى أنه مسلم قبل موته، والابن المتفق عليه يقول: أسلمت بعد موت الأب، والإسلام أمر حادث من كل وجه بعد ما اتفقا على الكفر، والأصل فى الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر، فالابن المتفق على إسلامه بدعوى حدوث الإسلام لأقرب ما ظهر متمسك بما هو الأصل فى الحوادث، فيكون منكرًا، والآخر مدعيًا، فكان عليه البينة، ولايحكم الحال.

فإن وقع الاختلاف فى إسلام الابن المختلف فيه فيما مضى، وهو مسلم للحال، والحال يدل على ما مضى، إذا لم يعرف حدوثه للحال، كما فى مسألة الطاحونة، ووجه الفرق بينهما، وهو أن تحكيم الحال إنما يجوز لإثبات ما مضى إذا كان ما ثبت فى الماضى ثابتًا للحال؛ لأن الحال يدل على الماضى إذا لم يعرف حدوثه للحال، فأما إذا لم يكن ثابتًا للحال لا يجعل حكمًا على ما مضى.

ألا ترى أن فى مسألة الطاحونة لو اتفقا على الانقطاع فى بعض مدة الإجارة، واختلفا فى مقداره، بأن قال المستأجر: كان الماء منقطعًا شهرين، وقال صاحب الطاحونة: لا، بل انقطع شهرًا، فإنه لا يحكم الحال، ولكن القول قول المستأجر مع يمينه؛ لأنهما اختلفا فى مقدار مدة الانقطاع، ومقدار مدة الانقطاع غير ثابت، إنما الثابت نفس الانقطاع إذا كان الماء للحال منقطعًا، لا انقطاع مقدر بشهر أو شهرين، فكذلك إن كان القائم الجريان، وفى مسألتنا حاصل الخلاف وقع فى مقدار مدة الإسلام، لا فى نفس الإسلام أنه كان، أو لم يكن، والثابت فى الحال نفس الإسلام، لا إسلام مقدّر يقدر بشهر أو شهرين، بخلاف ما لو اختلفا فى انقطاع الماء ادّعى المستأجر الانقطاع، وأنكر صاحب الطاحونة، وذلك لأن الاختلاف وقع فى نفس الانقطاع فيما مضى، لا فى مقداره، ونفس الانقطاع للحال يدل على ثبوته فيما مضى إذا لم يحدث للحال معاينة، فوجب تحكيم الحال على ما مضى.

١٥١٤٦- وإذا كانت الدار فى يدى ذمى، فادّعى رجل مسلم أن أباه مات وتركها

ميراثًا له ، لايعلمون له وارثًا غيره ، وأقام بينة على ذلك من أهل الذمة ، وادّعى ذمى فيها مثل ذلك ، وأقام بينة من أهل الذمة ، فإنه يقضى بها للمسلم ، وذلك لأن بينة المسلم حجة على ذى اليد ، وعلى من ينازعه ، وهو الذمى الخارج ، وبينة الذمى إن كانت حجة على ذى اليد ؛ لأن ذا اليد ذمى ، فليس بحجة على المسلم الخارج ، وكما يصير ذو اليد مقضيًا عليه ببينة كل واحد من المدعيين ، فكل واحد من المدعيين الخارجين يصير مقضيًا عليه فى النصف من جهة صاحبه ، ولهذا قالوا : لو ادّعى أحد المدعيين النصف الذى قضى به لصاحبه ، وأراد أن يقيم البينة على ذلك لا يسمع ما لم يدع تلقى الملك من جهته ، كما لا تسمع بينة ذى اليد ، إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المدعيين ، وإذا لم تكن هذه البينة حجة فى حق الاستحقاق على المسلم ، صار وجود هذه البينة فى حق المسلم وعدمه بمنزلة ، ولو عدم بينة الذمى أصلا ، كأن يقضى بجميع الدار للمسلم ، فكذا هذا .

ولو كانت بينة الذمى مسلمين ، قضيت بالدار بينهما نصفان ، فرق بين هذا وبين ما إذا مات الرجل وترك ابنين ، أحدهما مسلم والآخر ذمى ، أقام كل واحد منهما بينة أن أباه مات على دينه ، كانت بينة المسلم أولى ، وههنا لم تترجح بينة المسلم منهما ، وذلك لأن فى تلك المسألة البينتان إنما قامتا لإثبات إسلام الميت وكفره ، وقد استويا فى الإثبات من الوجه الذى ذكرنا ، وترجح ما يوجب الإسلام على ما يوجب الكفر على ما مرّ ، فأما ههنا البينتان قامتا لإثبات الملك ، لا لإثبات الإسلام والكفر ، فإن ذلك ثابت باتفاق الخصمين ، إلا أن إحداهما يثبت الملك للمسلم ، والأخرى للكافر ، ولم يوجد ما يوجب ترجيح بينة المسلم فى حق إثبات الملك له ، فإن الكافر فى تملك الأموال والمسلم سواء ، ألا ترى أنهما لو أخذا صيدًا ، أو اشتريا مالا ، كان بينهما نصفان ، فلهذا يقضى بينهما نصفان .

١٥١٤٧- وإذا مات الرجل وترك دارًا ، فقال ابن الميت وهو مسلم : مات أبى وهو مسلم ، وترك هذه الدار ميراثًا لى ، وجاء أخ الميت ، وهو ذمى ، فقال : مات أخى وهو كافر على دينى ، وابنه هذا مسلم ، فالقول قول الابن ، وله الميراث ، وذلك لأن مدعى الكفر لو كان مساويًا للمسلم فى الدعوى ، وسبب الاستحقاق بأن كان ابنًا ، كان القول قول المسلم بسبب الإسلام ، فإذا كان دونه فى سبب الاستحقاق أولى أن يكون

القول قول المسلم.

ولو أقاما جميعًا على مقالتهما بينة، أخذت بينة المسلم؛ لأن المدعى لكفر الميت لو كان مساويًا لمدعى الإسلام فى الاستحقاق بأن كان ابنًا كانت بينة المسلم أولى، فإذا لم يكن مساويًا له فى الاستحقاق أولى أن يكون البينة بينته.

ولو أقام الأخ بينة من أهل الذمة على ما قال، ولم يقم الابن بينة لم أجز بينة الأخ؛ لأن بينة الأخ ليست بحجة على الابن؛ لأنه مسلم، ولا شهادة للكافر على المسلم، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، فأما إذا أقام الأخ مسلمين على ما ادعى من كفر الميت، الآن يقضى بالميراث للأخ؛ لأن سبب الحرمان ثبت فى حق الابن، وهو كفر الميت؛ لأن الأخ أقام البينة على الكفر، ولم يقم الابن بينة، إنما له مجرّد الدعوى، ولا عبرة للدعوى بمقابلة البينة، وكان بمنزلة ما لو أقام الأخ البينة أن الابن قتل الأب، والابن يقول: لم أقتل، كان الميراث للأخ، بخلاف ما لو أقام البينة، أو لم يقم لهما بينة؛ لأن هناك الموجود مجرد الدعوى من الجانبين، أو الدعوى مع البينة، ولا مساواة بين الدعويين وسبب الاستحقاق، وحالة المساواة المسلم منهما أولى، فحال عدم المساواة أولى أن يكون أولى.

١٥١٤٨- وإذا كانت الدار ميراثًا فى يدى ورثة، فقالت امرأة الميت وهى مسلمة: زوجى كان على دينى فى الأصل، ومات وهو مسلم، وقال أولاده -وهم كفار-: بل مات أبونا وهو كافر، وللميت أخ مسلم، فإن القول قول المرأة؛ وذلك لأن المرأة ساوت الأولاد فى الدعوى وسبب الاستحقاق، وعند الاستواء فى الدعوى وسبب الاستحقاق يرجح قول المسلم منهما بسبب الإسلام، كما لو كان للميت ابنان، وأحدهما مسلم يدعى إسلامه، والآخر كافر يدعى كفره، وإنما قلنا: استويا فى الدعوى؛ لأن كل واحد منهما تمسك بما هو ثابت فى الأصل من وجه، وبما هو حادث من وجه، فاستويا فى الدعوى والإنكار.

وإنما قلنا: استويا فى سبب الاستحقاق؛ لأن الزوجية سبب لاستحقاق الإرث كالولاد، ألا ترى أن المرأة تستحق الميراث على كل حال، ولا تحجب بوارث آخر، كالولد، إلا أن الولد يستحق الأكثر، والمرأة الأقل، إلا أن العبرة لاستواءهما فى أصل

الاستحقاق، لا في مقدار المستحق، ألا ترى أن مدعى إسلام الميت لو كانت ابنة مسلمة، والمدعى لكفر الميت ابنًا كافرًا، كان القول قول البنت؛ لأنها ساوته في الدعوى والإنكار، وفي الأصل الاستحقاق إن لم تساوه في قدر الاستحقاق، فكذا هذا، وإذا جعلنا القول قول المرأة، ثبت إسلام الميت بقولها، فكان كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة كان ما بقي بعد فرض المرأة للأخ لا للولد، فكذا إذا ثبت بقولها.

ولو لم يكن له امرأة، وكان له ابن كافر وأخ مسلم، فقال الأخ المسلم: مات على ديني، وقال الابن: لا بل مات كافرًا، فإن القول للابن، ولم يترجح قول الأخ بسبب الإسلام، وقد استويا في الدعوى، فإن كل واحد منهما ادّعى ما هو ثابت في الأصل من وجه، وما هو حادث من وجه، وفي مسألة الزوجة مع الولد، وفي مسألة الابنين لما استويا في الدعوى والإنكار، ترجح قول المسلم منهما بسبب الإسلام.

ووجه الفرق بينهما: أن في مسألة الابنين إنما اعتبرنا الإسلام مرجحًا؛ لأنهما استويا في الدعوى والإنكار، وفي سبب الاستحقاق أيضًا، فإن سبب الاستحقاق لكل واحد منهما البنوة، فرجحنا قول أحدهما بسبب الإسلام، والابن والأخ إن استويا في الدعوى والإنكار، لم يستويا في سبب الاستحقاق، فإن سبب الاستحقاق للابن البنوة، وسبب الاستحقاق للأخ الأخوة، ولا مساواة بينهما في الاستحقاق، فإن الابن لا يُحجَب بأحد، والأخ يُحجَب بالابن، ولما لم يستويا في الدعوى وسبب الاستحقاق، لم يكن أن يعتبر الإسلام ترجيحًا، وكان كالولد الحادث بين أبوين كافرين، وله جد مسلم؛ فإنه لا يحكم بإسلامه تبعًا للجد؛ لأنه لا مساواة بين الجد والأبوين في سبب التبعية، وهي الولاد لأن الولاد بين الأبوين ثابت من غير واسطة، وللجد مع الواسطة، ولما لم يستويا في سبب التبعية، لم يعتبر الإسلام مرجحًا، فكذا هذا -والله أعلم بالصواب-.

الفصل الثاني عشر
في المسائل التي تتعلق بحدود المدعى والمشهود به

١٥١٤٩- بعض مسائل هذا الفصل ذكرناه في "كتاب أدب القاضي"، فنذكرها ههنا ما لم يذكر ثمّة، ذكر في "فتاوى النسفي": إذا قال الشاهد بالفارسية: اين مدعى عليه اين محدود را با همه حدها وحقها وى بفروخت باين مدعى، ولم يقل: بهمة حدها وحقها، فالشهادة صحيحة، قال ثمة: وقد وقعت هذه المسألة مرة بسمرقند، ومشايخنا أجابوا بالصحة، وهذا لأن معنى قوله بحدوده مع حدوده؛ لأن الحد يدخل تحت البيع، ولو شهدوا به همه حد هاى وى، أليس أنه تصح الشهادة، كذا ههنا، قالوا: والصحيح من الجواب أن يقول: إن ذكر في الحدود لزيق دار فلان، أو ينتهي إلى دار فلان، أو ما أشبهه، فالشهادة صحيحة، وإن ذكروا دار فلان، أو ذكروا في الحدود الطريق أو المسجد، لا تصح الشهادة.

١٥١٥٠- وفي كتاب الشروط: إذا كتب أحد حدود هذه الدار دار فلان، والثاني والثالث والرابع كذلك، لا يكتب: اشتراها بحدودها؛ لأن الحدّ يدخل، وإذا كتب أحد حدوده ينتهي إلى دار فلان، أو يلازق دار فلان، كتب: اشتراها بحدودها.

وإذا غلط الشاهد في أحد الحدود لا تقبل شهادته بخلاف ما إذا ترك أحد الحدود، وقد ذكرنا هذا في كتاب "أدب القاضي"، و إنما يثبت غلط الشاهد في ذلك بإقرار الشاهد أني غلطت في ذلك، أما لو ادّعى المدعى عليه أن الشاهد قد غلط في الحدود، أو في بعضها، لايسمع دعواه، ولو أقام البينة على ذلك، لاتسمع بينته، هكذا حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي وشمس الأئمة الأوزجندي، وهذا لأن دعوى الغلط من المدعى عليه على الشاهد إنما يكون بعد دعوى المدعي وجواب المدعى عليه؛ لأن الشهادة لا تكون إلا بعد دعوى المدعي والجواب من المدعى عليه، والمدعى عليه حين أجاب المدعي عن دعواه، فقد صدّقه أن المدعى بهذه الحدود، فيصير بدعوى الخطأ بعد ذلك في الحدود كلا أو بعضًا متناقضًا.

أو نقول : تفسير دعوى الغلط فى أحد الحدود أن يقول المدعى عليه : أحد الحدود ليس ما ذكره الشهود ، أو يقول صاحب أحد الحدود : ليس بهذا الاسم الذى ذكره الشهود ، وكل ذلك نفى ، والشهادة على النفى لا تقبل .

١٥١٥١- وكذلك لو ادعى المدعى عليه إقرار المدعى بغلط الشاهد فى الحد ، لايسمع دعواه .

وحكى عن شمس الأئمة السرخسى : أنه قال : إذا أخطأ الشاهد فى بعض الحدّ ، ثم تدارك ، وأعاد الشهادة ، وأصاب ذلك ، قبلت شهادته عند إمكان التوفيق ، سواء تدارك فى ذلك المجلس ، أو فى مجلس آخر ، وتفسير إمكان التوفيق أنه قال : كان صاحب الحد فلانًا ، إلا أنه باع داره من فلان ، ونحن ما علمنا به ، أو يقول : كان اسم صاحب الحد ما قلنا ، إلا أنه سمّى بعد ذلك بهذا الاسم ، ونحن ما علمنا ، وعلى هذا فافهم هذا ، هذا إذا ترك الشاهد أحد الحدود ، أو غلط فيه ، وأما إذا ترك المدعى أحد الحدود ، أو غلط فيه ، فهو على نحو ما ذكرنا فى الشاهد .

١٥١٥٢- وإذا ادّعى المدعى عليه أن المدعى أخطأ فى أحد الحدود ، وكان ذلك بعد ما قضى على المدعى عليه بنكوله ، أو ببينته ، لا يصح دعواه لوجهين : أحدهما : ما ذكرنا فى فصل الشاهد أن المدعى عليه فى دعوى الغلط بعد ما أجاب المدعى عن دعواه متناقض ، والثانى : إن دعواه الخطأ فى الحدود ليس فيه أكثر من إنكاره أن المحدود[1] المدعى فى يده ، أو أن المحدود الذى يدعى ليس ملك المدعى ولا يندفع عنه دعوى المدعى من هذين الوجهين ، وإن أقام على ذلك بينة ، كذا ههنا .

١٥١٥٣- إذا ذكر فى الدعوى أو فى الشهادة أحد حدود الأرض المدعى لزيق أرض فلان ، ولفلان فى القرية التى فيها الأرض المدعى أراضى كثيرة مختلفة متفرقة ، صحت الدعوى ، وصحت الشهادة ، وإن كان فيه نوع جهالة ، إلا أنها تحملت لضرورة ، فإنه عسى لا يكون لأرض فلان علامة يمكن تعريفها بتلك العلامة ، وهذا هو الغالب من حال الأرض فى القرى ، فيتعين للتعريف ذكر اسم صاحبه ، ألا ترى أنه إذا ذكر فى اسم صاحب أحد محمد بن أحمد ابن محمد فذلك يكفى ، وإن كان فيه نوع جهالة ؛ لأن

(١) هكذا فى ظ وم ، وكان فى الأصل وف : إن الحدود .

كثيراً من الناس يكونون بهذا الاسم والنسب، وقد تحمل ذلك لمكان الضرورة، فكذا ههنا.

١٥١٥٤- ولو ذكر فى الحدود كنية صاحب الحد أبو فلان، أو ذكر ابن فلان، فذلك لا يكفى إلا إذا كان صاحب الحد مشهورا بذلك، كشهرة أبى حنيفة وابن وأبى ليلى، وقد ذكرنا نظير هذا فى كتاب القاضى، ولو ذكر فى الحدود لزيق أرض ميان ديهى، فذلك لا يكفى؛ لأن ميان ديهى مجهول جهالة متفاحشة، فالأراضى التى غاب أربابها، أو مات أربابها، ولا وارث لهما يسمى ميان ديهى، وكذلك الأراضى التى تركها ملاكها على أهل القرية بالخراج يسمى ميان ديهى، وكذلك الأراضى التى تركت لرعى الدواب، ولم يدخل تحت القسمة يسمى ميان ديهى.

١٥١٥٥- وكذلك إذا ذكر فى الحد لزيق أرض وقف، فذلك لا يكفى، وينبغى أن يذكر أنها وقف على الفقراء، أو على مسجد كذا، أو ما أشبهه، وكذلك إذا ذكر فى الحد لزيق أرض ورثة فلان، فذلك لا يكفى؛ لأن الورثة مجهولون، فمنهم صاحب فرض، ومنهم عصبة، ومنهم ذو أرحام، فكان مجهول جهالة متفاحشة، ألا ترى أن الشهود لو شهدوا أن هذا وارث فلان، فالقاضى لا يقبل شهادتهم، وإنما لا يقبل لمكان الجهالة فى الوارث.

توضيحه: إن المقصود من ذكر الحد، وذكر صاحب الحد التعريف، وربما يكون صاحب الحد من جملة ذوى أرحام فلان، ويكون بعيداً عنه بحيث لا يعرفه الناس وارثاً لفلان مع كونه وارثاً له حقيقة، فلا يحصل به التعريف.

١٥١٥٦- وإذا ادّعى أرضاً مثلثة، وذكر حدّين لا غير، والشهود أيضاً ذكروا حدين لا غير، تصح الدعوى، وتصح الشهادة، وهذا وما لو ذكر الحدود الثلاثة فى الأرض المربّعة على السواء، وإذا شهدوا بملكية أرض، وبيّنوا حدودها، وقالوا: هى بمقدار خمس مكاييل بذر، والمدعى بذلك ذكر ذلك فى دعواه، وأصابوا فى بيان الحدود، إلا أنهم أخطأوا فى بيان المقدار، فهى تسع[1] قدر ثلاث مكاييل بذر.

حُكى عن شيخ الإسلام أبى الحسن السعدى أنه قال: لا تبطل دعوى المدعى،

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى غيره: تسمع.

ولا شهادة شهوده؛ لأن بيان قبول مقدار البذر بعد ذكر الحدود غير محتاج إليه، فصار ذكره ولا ذكره سواء، وأجاب بعض مشايخ زمانه ببطلان الدعوى والشهادة، وقد قيل: يجب أن تكون المسألة على التفصيل: إن شهدوا بحضرة الأرض المدعى بها، وأشاروا إليها تقبل، ويلغو ذكر الوصف، وهو بيان قبول مقدار البذر، وإن شهدوا بغيبة الأرض، لا يثبت بهذه الشهادة ملكية أرض تسع فيها خمس مكاييل بذر، وقيل: لا تقبل البينة على كل حال، وهو الأظهر والأشبه بالفقه، وهذا جعل الحد طريق العامة، لا يشترط أن يذكر طريق القرية، أو طريق البلدة، ويجب أن يعلم أن الطريق يصلح حدّا، ولا حاجة فيه إلى بيان الطول والعرض، إلا على قول شمس الأئمة السرخسى، وأنه كان يقول: يبين الطريق بالذراع.

١٥١٥٧- والنهر لا يصح حدّا عند بعض أهل الشروط، وكذلك السور، وهو رواية عن أبى حنيفة، وظاهر المذهب أنه يصلح حدّا، وفى اشتراط حدود المستثنيات نحو الطريق والمقبرة والحياض اختلاف المشايخ، فمنهم من شرط ذلك، ومنهم من لم يشترط، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين يقول: إذا كان المقبرة تلا لا يحتاج إلى ذكر حدودها، وإذا لم تكن تلا يحتاج؛ لأنه عسى يزداد.

١٥١٥٨- وإذا ادعى محدودًا فى يدى رجل، وأحد حدوده، أو جميع حدوده متصل بملك المدعى، لا يحتاج إلى ذكر الفاصل؟ فقيل: لا يحتاج، ولو كان متصلا بملك المدعى عليه، يحتاج إلى ذكر الفاصل؛ لأن فى الوجه الأول اختلاف اليد فاصل، ولا كذلك فى الوجه الثانى، وقيل: إن كان المدعى أرضًا، فكذلك الجواب، وإن كان بيتًا أو دارًا، أو منزلا، فلا حاجة إلى الفاصل، والجدار فاصل.

وإن كان المدعى أرضًا، واحتيج إلى ذكر الفاصل، وقد ذكروا الفاصل شجرة، فكذلك لا يكفى، هكذا حُكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندى، وهذا لأن الشجرة لا تحيط بجميع المدعى به، والفاصل يجب أن يكون محيطًا بجميع المدعى به حتى يصير المدعى به معلومًا.

١٥١٥٩- وإذا ادّعى أرضين بحدود معلومة، ثم ترك الدعوى فى أحد الأرضين، وادعى الأرض الأخرى، ولم يذكر الحدود، فقد قيل: لا تصح

الـدعوى، ولا الشهادة لمكان الجهالة.

١٥١٦٠- وإذا ادّعى محدودًا فى موضع كذا، وبيّن الحدود، ولم يبيّن أن المحدود ما هو؟ كرم أو أرض، أو دار، هل يوجب هذا جهالة فى المدعى به، وإذا شهد الشهود على هذا الوجه، هل تقبل شهادتهم؟

حُكى فتوى شمس الأئمة السرخسى: أنه لا تصح هذه الدعوى، ولا تقبل هذه الشهادة، وحكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندى: أن المدعى إذا بيّن المصر والمحلة والموضع والحدود، تصح الدعوى، ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة فى المدعى به.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى يكتب فى جواب الفتوى لو سمع قاض هذه[1] الدعوى، يجوز، وقيل: ذكر المصر والقرية، وذكر المحلة والسكة ليس بلازم.

١٥١٦١- وإذا ادّعى ألف درهم ثمن دار مقبوضة، ولم يذكر حدود الدار، والشهود شهدوا كذلك، فالدعوى صحيحة، والشهادة مقبولة؛ لأن الدار إذا كانت مقبوضة، فلا حاجة إلى القضاء بها، فترك الحدّ فيها لا يضر.

وإذا قال الشهود فى شهادتهم: أحد حدود هذه الدار لزيق شط الوادى، ثم أقر المدعى أن بين شط الوادى وبين الأرض المدعى طريق العامة، بطلت شهادة شهوده؛ لأنه أكذب الشهود فى بعض ما شهدوا به، وأنه يوجب بطلان الشهادة فى الكل.

وإن ظهر ذلك بإخبار رجل من المسلمين، لا تبطل الشهادة، وإن ظهر ذلك عند القاضى بما هو طريق حصول العلم، بطلت الشهادة فى مقدار الطريق، وتقبل فيما سواه، وقيل: لا تقبل الشهادة؛ لأنه اختلف الحدّ.

١٥١٦٢- وكذلك إذا شهد الشهود أن هذه الأراضى ملك هذا المدعى، ثم ظهر أن فى ذلك الأرض طريق العامة، إن ظهر ذلك بإقرار المدعى، لا تقبل شهادة شهوده، وإن ظهر ذلك بإخبار واحد من المسلمين، لا يمنع قبول الشهادة، وإن حصل

---

(١) وفى ف: لو سمع قاضي جواب هذه الدعوى.

العلم للقاضى بما هو طريق حصول العلم، لا تقبل الشهادة فى الطريق، وتقبل فيما سواه.

وإن كان الدار معروفًا لابد من ذكر الحدود عند الدعوى والشهادة عند أبى حنيفة، وقالا: إذا كان الدار معروفًا، مثل دار عمرو بن الحارث بالكوفة، تقبل الشهادة من غير ذكر الحدود، وتصح الدعوى أيضًا -والله أعلم-.

الفصل الثالث عشر
فى شهادة الوارث بالوصية والرجوع، وفى شهادة الوصى للميت وفى شهادة الوكيل للموكل

١٥١٦٣- قال محمد فى "الزيادات" : إذا هلك الرجل، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لا مال له غيرهم، فشهد شاهدان أن الميت أوصى بهذا العبد لهذا الرجل، وشهد وارثاه أن اللميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر، فهذا على وجهين: الأول: أن تكون هذه الشهادة من الوارثين قبل قضاء القاضى بالوصية الأولى، وفى هذا الوجه القاضى يقبل شهادة الوارثين ذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى، أو لم يذكرا رجوعًا عنها، غير أنهما إن لم يذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى، بقيت الوصية الأولى، ووجبت الوصية الثانية، ووجب تنفيذهما من الثلث؛ لأن محل الوصايا الثلث، فيأخذ كل واحد منهما نصف العبد الموصى به له، وإن ذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى، بطلت الوصية الأولى، ويكون العبد الثانى للموصى له الآخر اعتبارًا للثابت بالبينة بالثابت عيانًا.

وإن كان القاضى قضى بالوصية الأولى، ثم شهد الوارثان بما ذكرنا، لا تقبل شهادتهما، ذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى أو لم يذكرا رجوعًا، إن ذكرا رجوعًا؛ لأنهما بشهادتهما يبطلان قضاء أمضى عليهما؛ لأن الوارث يصير مقضيًا عليه بطريق الخلافة عن الميت، ولهذا قلنا: إن الوارث لو ادعى لنفسه ملكًا مطلقًا، لا يصح دعواه، وإنما لا يصح لصيرورته مقضيًا عليه، ولأنهما بهذه الشهادة يعيدان العبد الأول إلى ملكهما؛ لأن العبد الأول قد زال عن ملكهما بقضاء القاضى، وكل ذلك مانع قبول الشهادة، ولا شيء للثانى بحكم إقرارهما؛ لأنهما أقرا بحق الثانى من الثلث بطريق الوصية، والقاضى جعل كل الثلث للأول، فلم يبقَ محل حق الثانى، فلهذا لا يسلم له شيء.

وإذا لم يذكرا رجوعًا، فلأنهما بهذه الشهادة يعيدان نصف العبد الأول إلى ملكهما بنصف العبد الثانى، فيكون فى معنى البيع، والبيع لا يثبت بشهادتهما، بخلاف ما قبل القضاء؛ لأن قبل القضاء العبد الأول لم يزل عن ملكهما، فلايتصور البيع، أما ههنا بخلافه.

وكذلك لو كان مكان الوصية الثانية عتقا، بأن شهد الوارثان أن الميت أعتق هذا العبد الآخر فى مرض موته، إن كان شهادتهما بعد ما قضى القاضى بالوصية الأولى، لا تقبل شهادتهما، وإن كان قبل قضاء القاضى، تقبل شهادتهما؛ لأن بعد القضاء لو قبلت شهادتهما احتجنا إلى نقض قضاء أمضى عليهما، وذلك لايجوز، ولا كذلك قبل القضاء، ولكن مع أنه لا تقبل شهادتهما يحكم بعتق العبد؛ لأنهما مالكان أقرا بعتق عبد مملوك لهما، ويسعى العبد فى قيمته؛ لأنهما أقرا بعتقه بطريق الوصية من الثلث، والثلث صار مستحقًا للأول بقضاء القاضى، فيجب رد العتق، وتعذر رده صورة، فيجب رده معنى بإيجاب السعاية.

وإن كان الوارثان شهدا بذلك العبد وصية للثانى من جهة الميت، إن كان قبل قضاء القاضى بالوصية الأولى، قبلت شهادتهما، والكلام ههنا ظهر؛ لأن ههنا لايصل إليهما شيء من العبد، فبعد ذلك إن ذكرا رجوعًا، فالعبد للثانى خاصة، وإن لم يذكرا رجوعًا، كان العبد بينهما، إذ لا تنافى بين الوصيتين، وإن شهدا بذلك بعد ما قضى القاضى بالوصية الأولى، إذ لم يذكرا رجوعًا، قبلت شهادتهما، وقضى بالعبد بينهما؛ لأن هذه الشهادة لم تتضمن نقض القضاء، ولا إعادة شيء من العبد إلى ملكهما، ليصير فى معنى البيع، أما إعادة شيء من العبد إلى ملكهما فظاهر، وأما نقض القضاء فلأنها لا تبطل شيئًا من حق الأول، بل يوجب الحق للثانى، فثبتت الوصية الثانية مع بقاء الوصية الأولى بجميع العبد، وهذا لأن الوصية عقد خلافة فى المال المسمى فى الوصية، وكون الثانية خليفة فى المال لا ينافى كون الأول خليفة، ولهذا يضرب[1] كل واحد منهما بجميع حقه، ولهذا لو ردّ أحدهما الوصية، كان العبد كله للآخر، ولما كان هكذا، فقد أثبت حق الثانى مع بقاء حق الأول بتمامه، وقضى بالعبد بينهما؛ لاستواءهما فى سبب

(١) هكذا فى "ظ" و "ف"، وكان فى الأصل و "م": يصرف.

الاستحقاق وضيق المحل .

وإن ذكرا رجوعًا من الوصية الأولى ، لا تقبل شهادتهما على الرجوع ؛ لما فيه من إبطال قضاء أمضى عليهما ، وقبلت شهادتهما على الوصية الثانية ، إذ ليس فيه إبطال قضاء أمضى عليهما ، وليس من ضرورة بطلان الشهادة على الرجوع عن الوصية الأولى بطلان الشهادة على الوصية الثانية ، إذ يتصور الشهادة على الرجوع عن الوصية الأولى بدون الشهادة على الوصية الثانية ، ويتصور الشهادة على الوصية الثانية بدون الشهادة على الرجوع عن الوصية الأولى .

ولو كان القاضي دفع العبد إلى الموصى له الأول بشهادة الفريق الأول ، ودفع العبدين إلى الوارثين على وجه القسمة ، ثم شهد الوارثان أن الميت أوصى بهذا العبد بعينه لهذا الآخر ، لا تقبل شهادتهما ، وإن لم يذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى ؛ لأن هذه الشهادة تتضمن نقض تسليم القاضي فى بعض العبد ، ونقض قسمته ؛ لأن القاضي قسم العبد بينهم أثلاثًا ، فلو قبلت هذه الشهادة تصير القسمة أسداسًا ، وتسليم القاضي وقسمت قضاء منه ، فكما لم تقبل شهادتهما إذا تضمنت إبطال القضاء ، فكذا إذا تضمنت إبطال التسليم والقسمة .

وكذا لو أن القاضي قضى بالوصية الأولى ، ثم شهد الوارثان أن الميت أعتق هذا العبد بعينه فى مرضه ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأنها لو قبلت تضمنت نقض القضاء بالوصية الأولى ؛ لأن العتق الموقع أولى بالاعتبار من سائر الوصايا .

ولو أن رجلا مات وترك ثلاثة أعبد ، قيمتهم على السواء ، لا مال له غيرهم ، فشهد شاهدان أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل ، ثم شهد وارثان أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل الآخر ، إن كانت شهادة الوارثين قبل قضاء القاضي بالوصية للأول ، قبلت شهادتهما ؛ لأن هذه الشهادة لا تتضمن نقض القضاء ، ولا إعادة شيء زال عن ملكهما إليهما .

وإن كانت شهادتهما بعد قضاء القاضي بالوصية للأول ، إن لم يذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى ، قبلت شهادتهما ؛ لأن هذه الشهادة لا تتضمن نقض القضاء ، ولا إعادة شيء زال عن ملكهما ، وإن ذكرا رجوعًا لا تقبل شهادتهما على الرجوع ؛ لأنها تتضمن

إبطال القضاء، وتقبل شهادتهما على الوصية الثانية؛ لأنها لا تتضمن إبطال القضاء، ثم يشتركان فى الثلث بحكم المزاحمة وضيق المحل.

١٥١٦٤- ولو أن الوارثين شهدا أن الميت أعتق هذا العبد فى مرضه، وكان ذلك بعد قضاء القاضى بالوصية الأولى، لا تقبل شهادتهما؛ لأنها لو قبلت بطل قضاء القاضى بالوصية الأولى؛ لأن العتق الموقع يقدم على سائر الوصايا، ولكن يعتق العبد؛ لأنهما أقرا بعتقه، ولهما فيه ملك، ويجب على العبد السعاية؛ لما ذكرنا، وتكون ثلث السعاية للموصى له؛ لأنه استحق الثلث من كل التركة، والثلثان للورثة، فإن قال الموصى له بالثلث: قد وجب لى ثلث هذا العبد وصية، وقد أتلف الوارثان علىّ حين أقرا بعتقه، فلى أن أضمنهما، ليس له ذلك؛ لأن الوارثين ما أعتقا هذا العبد، وما أقرا بعتقه بإعتاق منهما، وإنما حكيا الإعتاق من جهة الميت، ولا ضمان فى مثل هذا، كرجلين اشتريا عبدًا، وأقر أحدهما أن البائع كان أعتقه، فإنه لا يضمن لشريكه شيئًا، كذا ههنا.

ولو أن القاضى قسم العبد بين الورثة وبين الموصى له الأول، فأعطى الموصى له الثلث، والورثة الثلثين، ثم شهد الوارثان أن الميت أوصى بثلث مال لهذا الرجل الآخر، لا تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة يتضمن نقض تسليم القاضى وقسمته.

قال فى الكتاب: ألا ترى أن الوارثين لو أقرا بدين على الميت لرجل، ومعهما ورثة غيرهما، فلم يقض القاضى بشىء بحكم إقرارهما حتى شهدا لذلك الرجل على الميت بذلك الدين، قبلت شهادتهما عليهما وعلى باقى الورثة، حتى يستوفى جميع الدين من جميع التركة.

ولو كان القاضى قضى بالدين عليهما فى نصيبهما حين أقرا بالدين، ثم شهدا بعد ذلك لصاحب الدين بالدين على الميت، فالقاضى لا يقبل شهادتهما على باقى الورثة؛ لأن بقضاء القاضى يثبت الدين على الميت فى حقهما، واستحق جميع ذلك فى نصيبهما، فهما بهذه الشهادة ينقضان ذلك القضاء، ويحوّلان بعض ما لزمهما فى نصيبهما إلى باقى الورثة.

أورد[١] هذه المسألة لبيان أن الشهادة إذا تضمنت نقض القضاء لا تقبل، والفصل الأول يصير حجة للشافعي رحمه الله في مسألة أحد الورثة إذا أقر بدين على الميت، وكذبه باقي الورثة، فعندنا يستوفي كل الدين من نصيب الوارث المقر، وعند الشافعي رحمه الله يلزمه بقدر حصته.

ووجه الاحتجاج بها أنه لو كان يلزم المقر كل الدين في نصيبه، كان بالشهادة محوّلا بعض ما لزمه إلى غيره، فينبغي أن لا تقبل شهادة الوارثين بالدين لصاحب الدين على الميت قبل قضاء القاضي عليهما بالدين في نصيبهما، كما لا تقبل لو شهدا بعد ما قضى القاضي عليهما بالدين في نصيبهما، وهذا لأن الإقرار ملزم بنفسه، فكان الحال فيه قبل القضاء وبعد القضاء سواء، ولا كذلك الشهادة؛ لأن الشهادة لا تكون ملزمة بنفسها ما لم يتصل بها قضاء القاضي، فجاز أن يفترق الحال فيهما قبل القضاء وبعده.

والجواب: لعلمائنا أن بمجرد الإقرار لا يلزم كل الدين في نصيب المقر ما لم يتصل به قضاء القاضي، وبيان ذلك من وجهين: أحدهما أن هذا الإقرار في معنى الشهادة، فإنه إقرار على الغير، وهو الميت، فكما أن الشهادة التي فيها تنفيذ القول على الغير لا تصير موجبة إلا بقضاء القاضي، فكذا الإقرار الذي هو في معنى الشهادة.

والثاني: أنه يحتمل أن رب الدين يجد بينة على ذلك، أو يصدقه باقي الورثة، فلو ألزمنا المقر جميع الدين في نصيبه للحال، فقد ألزمناه ذلك مع الاحتمال، وأنه لا يجوز، وإنما ينقطع هذا الاحتمال، ويلزم كل المال في نصيبه بقضاء القاضي، فإذا شهدا قبل القضاء، لم يحوّلا إلى غيرهما بعض ما لزمهما، فتقبل شهادتهما، وإذا شهد بعد القضاء، فقد حوّلا إلى غيرهما بعض ما لزمهما، فلا تقبل شهادتهما.

فإن قيل: إذا كان لا يلزم المقر كل الدين في نصيبه بمجرد إقراره، فبأي طريق يقضي القاضي عليه بكل الدين؟

قلنا: طريقه أن الدين يقضى من أيسر المالين قضاء، ألا ترى أنه إذا كان في التركة دين وعين، فالدين يقضى من العين دون الدين، وكذا إذا كان بعض التركة حاضراً وبعضها غائبًا، فالدين يقضى من الحاضر.

---

(١) وفي الأصل ورد.

إذا ثبت هذا فنقول : إذا لم يجد رب الدين بينة ، ولم يصدقه باقى الورثة ، فقضاء الدين من نصيب المقر أيسر ، فقضى عليه ، وإن كان الدين متعلقًا بكل التركة ، قال فى الكتاب أيضًا : ألا ترى لو أن رجلا مات وشهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا ، فقبل أن يقضى القاضى بشهادتهما شهد الوارثان أنه رجع عنه ، وأوصى إلى هذا الثانى ، قبل القاضى شهادتهما إذا كان الثانى يدعى ذلك .

ولو كان القاضى قضى للأول ، ثم شهد الوارثان بذلك ، فالقاضى لا يقبل شهادتهما ؛ لأنها تضمنت إبطال قضاء القاضى أورد[1] هذا الفصل إيضاحًا لما تقدم أيضًا ، ثم لم يقبل[2] ههنا لأن شهادة الوارثين تقبل فى حق الإيصاء إلى الثانى دون الرجوع عن الإيصاء للأول ، كما ذكر فيما تقدم .

قال مشايخنا : وينبغى على قول أبى يوسف : أن تقبل شهادتهما فى حق الإيصاء إلى الثانى دون الرجوع عن الأول ؛ أن عند أحد الوصيين ينفرد بالتصرف ، فلم يكن فى قبول شهادتهما فى حق الإيصاء إلى الثانى دون الرجوع عن الأول ، نقض القضاء الأول ، أما فى قبول شهادتهما فى حق الرجوع عن الأول نقض القضاء الأول ، فأما على قولهما ، لا تقبل هذه الشهادة أصلا ؛ لأن عندهما أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف إلا فى أشياء معهودة استحسانًا فى ذلك على ما عُرف فى موضعه ، فلو قبلت الشهادة فى حق الإيصاء إلى الثانى ، لم يبقَ الأول منفردًا بالتصرف بعد أن كان منفردًا ، فكان فى قبولها نقض القضاء الأول من حيث إن الأول لا يبقى منفردًا ، فلا تقبل شهادتهما عندهما أصلا .

١٥١٦٥- قال : رجل هلك ، وترك ثلاثة أعبد ، قيمتهم على السواء ، لا مال له غيرهم ، وترك ابنًا لا وارث له غيره ، فأقرا لابن أن أباه أوصى بهذا العبد لفلان ، فسمع القاضى إقراره ، ولم يقض عليه بشىء حتى شهد هو ورجل آخر أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر ، قبل القاضى هذه الشهادة ؛ لأن الوارث أقر على الميت بالوصية بالعبد الأول ، وإقراره على الميت لا يلزمه شىء ما لم يتصل به قضاء القاضى ،

---

(١) وفى ف وأورد .

(٢) هكذا فى ظ وم وف ، وكان فى الأصل ثم لم يقل .

على ما مرّ قبل هذا، فلم يكن الشهادة منه بالوصية بالعبد الآخر إعادة إلى نفسه بعض ما صار مستحقًا عليه، فلم يكن بهذه الشهادة دافعًا عن نفسه مغرمًا، ولا جار إلى نفسه مغنمًا، ولا ساعيًا فى نقض قضاء أمضى عليه، فقبلت، وإذا قبلت الشهادة، لا شيء للموصى له الأول؛ لأن وصيته ثبتت بالإقرار، والإقرار لا يعارض الشهادة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، والشهادة حجة متعدية، فعند تعذر اعتبارها كان اعتبار الشهادة أولى، وإذا اعتبرت الشهادة صار كل الثلث مستحقًا للموصى له الثانى، فلا يكون للموصى له الأول شيئًا.

ولو كان القاضى قضى على الوارث بالعبد بإقراره، ثم شهد مع أجنبى آخر على نحو ما بينا، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنها لو قبلت بطل قضاء القاضى بالإقرار؛ لكون الشهادة أقوى من الإقرار، واندفع عن الشاهد ما لزمه بإقراره، فلهذا لا تقبل شهادته، وإذا لم تقبل هذه الشهادة، لا شيء للموصى له الثانى؛ لأن الثلث صار مستحقًا للأول بكماله بتسليم القاضى إليه، ومحل الوصايا الثلث، فلم يبقَ للثانى شيء.

وكذلك لو كانت الشهادة الثانية فى العبد المقر بعينه، كان الجواب على التفصيل الذى قلنا: إن كانت الشهادة قبل قضاء القاضى عليه بإقراره قبلت، وإن كان بعد القضاء، لا تقبل، وإذا لم تقبل الشهادة، لا يضمن الوارث للمشهود له فيما سلم القاضى إلى المقرّ له حصلت الشهادة فى العبد المقر بعينه، أو فى عبد آخر؛ لأنه لو ضمن أما إن يضمن بالإقرار، أو بالتسليم، لا وجه إلى الأول؛ لأن مجرد الإقرار لا يوجب شيئًا هنا على ما مرّ، ولا وجه إلى الثانى؛ لأن التسليم حصل بقضاء القاضى.

١٥١٦٦- ولو كان الوارث حين أقر سلم العبد إلى المقر له بنفسه من غير قضاء القاضى، ثم شهد للثانى بذلك العبد بعينه أو بعبد آخر، لا تقبل شهادته؛ لأنه بهذه الشهادة سعى فى نقض ما تمّ به، وهو التسليم، وسعى الإنسان فى نقض ما تمّ به مردود، وإذا لم تقبل شهادته، ضمن للثانى نصف قيمة العبد المقر به إن كان العبد واحدًا، وإن كان عبدين ضمن نصف قيمة العبد المشهود به للثانى؛ لأنه لما شهد للثانى، فقد أقر أنه سلّم إلى الأول ما هو حق الثانى بغير حق، فيصير ضامنًا له، ولو كان الوارث أقر بثلث المال وصيةً لرجل، ثم شهد مع أجنبى بالثلث، وصية لرجل آخر إن كانت الشهادة قبل

قضاء القاضى عليه بالإقرار قبلت، وإن كانت بعد القضاء لا تقبل؛ لما قلنا.

ولو شهد الوارث مع أجنبى بالثلث وصية لرجل، ثم شهدا بالثلث وصية لرجل آخر، قبل القاضى شهادتهما، سواء شهدا للثانى قبل قضاء القاضى للأول أو بعده؛ لأن الشهادة الثانية[1] ههنا لا تتضمن بطلان القضاء؛ لأن الشهادة تعارض الشهادة، ألا ترى أنهما يتحاصان فى الثلث، بخلاف ما إذا أقر الوارث بالثلث وصية لرجل، وقضى به القاضى، ثم شهد هو مع أجنبى وصية بالثلث لرجل آخر، فالقاضى لا يقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه الشهادة ههنا تتضمن بطلان القضاء للأول؛ لأن الإقرار لا يعارض الشهادة.

قال فى الكتاب: ألا ترى أن الوارث لو شهد مع أجنبى بدين على الميت، وقضى به القاضى، ثم شهدا بدين آخر لرجل على الميت، وليس فى التركة وفاء بالدينين، قبل القاضى شهادتهما؛ لأن الشهادة الثانية لا تتضمن بطلان القضاء للأول، بل يتحاصان إذا ثبت الدينان.

١٥١٦٧- ولو كان الوارث أقر بدين لرجل على الميت، وقضى به القاضى، ثم شهد هو مع أجنبى لرجل آخر بدين آخر على الميت، وليس فى التركة وفاء بالدينين، فالقاضى لا يقبل الشهادة؛ لأن هذه الشهادة تتضمن بطلان القضاء، فكذا فيما تقدم.

ولو كان الوارث أقر بالدين، وسلم إلى الغريم بنفسه، ثم شهد مع آخر بالدين لرجل آخر، لا تقبل شهادتهما؛ لما ذكرنا أنه ساع فى نقض ما تم به من التسليم، ويضمن نصف ما سلم إلى الأول للثانى إن كان الدينان سواء، والتركة لاتفى إلا بواحد منهما؛ لأنه أتلف ذلك القدر على الثانى بغير حق، بخلاف ما إذا كان التسليم بقضاء القاضى، حيث لا يضمن الثانى شيئًا، والمعنى ما ذكرنا.

١٥١٦٨- قال: رجلان شهدا أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل، ثم شهد وارثان أن الميت رجع عن تلك الوصية، وأوصى بالثلث لوارثه فلان، وإنهما يعنى الشاهدين، وجميع الورثة أجازوا ذلك بعد الموت، فشهادة الوارثين جائزة، والثلث للوارث على قول أبى يوسف الأول؛ لأنه لا تهمة فى شهادتهما؛ لأن الثلث بالرجوع

---
(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى الأصل لأن شهادة الثانية.

ينتقل من الموصى له الأول إلى الوارث الموصى له، ولا حق للشاهدين فيه، فصار النقل إلى الوارث والنقل إلى الأجنبى سواء، وعلى قوله الآخر، وهو قول محمد: شهادة الوارثين على الرجوع باطلة؛ لأنهما بشهادتهما على الرجوع يثبتان لأنفسهما حقّا فى الثلث، حتى إنهما إن شاء أجازا الوصية للوارث، وإن شاء لم يجيزا، فكانا متهمين فى هذه الشهادة، بخلاف ما إذا شهد الأجنبى؛ لأن هناك لا يتعلق نفاذ الوصية الثانية بإجازتهما، فانتفت تهمة الحق، أما ههنا بخلافه.

١٥١٦٩- قال محمد فى "الزيادات": رجل مات وقد كان أوصى إلى رجل، وقبل الوصى الوصاية بعد موته، فلم يخاصم الوصى عند القاضى حتى عزله القاضى عن الوصاية، ونصب للميت وصيّا آخر، ثم إن الوصى الأول شهد للميت بمال، أو غيره على إنسان، فشهادته باطلة؛ لأن الميت بالإيصاء أقامه مقام نفسه بطريق الخلافة، فإذا مات وقبل الوصى الوصاية، فقد قبل الخلافة، فتمت الخلافة، ونفذت الإقامة، فصار الوصى قائمًا مقام الموصى كالوارث، ومن ضرورة قيامه مقام الموصى صيرورته خصمًا فيما كان الموصى فيه خصمًا، وإذا صار خصمًا، خرج من أن يكون شاهدًا، وبعد ما خرج الإنسان من أن يكون شاهدًا فى حادثة، لا يعود فيها شاهدًا أبدًا، هكذا ذكر المسألة فى "الزيادات"، وفى شرح حيل الخصاف: أن شهادة الوصى بعد ما خرج عن الوصاية للميت مقبولة، فيصير فى المسألة روايتان.

هذا إذا قبل الوصى الوصاية بعد موت الموصى، فلو أنه لم يقبل ولم يردّ حتى شهد عند القاضى، فالقاضى يقول له: أ تقبل الوصاية أم تردها، فإن قبل أبطل شهادته لصيرورته خصمًا من وقت الموت، وإن ردّ أمضى شهادته لعدم صيرورته خصمًا، وإن سكت ولم يخبر بشىء، توقف القاضى فى شهادته؛ لأن سبب الردّ موقوف؛ لأن سبب الرد صيرورته خصمًا، وصيرورته خصمًا بثبوت الخلافة، والخلافة لا تثبت إلا بالقبول، فإذا كان فى سبب الرد توقفًا كان فى الشهادة توقفًا، وصار كالشفيع إذا شهد بالبيع إن طلب الشفعة، بطلت شهادته، وإن سلّم قبلت شهادته، وإن سكت ولم يخبر بشىء توقفً القاضى فى شهادته، كذا ههنا.

١٥١٧٠- قال: رجل وكّل رجلا بالخصومة فى شىء قبل رجل، وقبل الوكيل

الوكالة، ثم عزله الموكل، فشهد للموكل فى ذلك الشيء، يُنظر إن كان الوكيل قد خاصم فيه قبل أن يعزله، لم تقبل شهادته، وإن كان لم يخاصم فيه، قبلت شهادته عند أبى حنيفة ومحمد، وعلى قول أبى يوسف لا تقبل، وهذا بناء على أن عند أبى يوسف بمجرد قبول الوكالة يصير خصمًا خاصم أو لم يخاصم، ولهذا لو أقر على موكله فى غير مجلس القضاء، نفذ إقراره عليه، وهذا لأن الموكل بالتوكيل أقامه مقام نفسه، فإذا قبل الوكالة تمت الإقامة، وقام مقامه، كما فى الوصاية، ألا ترى أن الإيصاء توكيل بعد الموت، فكان كالتوكيل فى حالة الحياة.

وعندهما بمجرد قبول الوكالة لا يصير خصمًا، ولهذا لو أقر على موكله فى غير مجلس القضاء، لا ينفذ إقراره عليه عندهما، وفرقا بين التوكيل وبين الإيصاء.

والفرق: وهو أن الإيصاء إقامة نفس الوصى مقام نفسه بطريق الخلافة، فلايتعلق بثبوتها وتمامها بالفعل، وهو الخصومة قياسًا على الإرث، فإن نفس الوارث لما كان يقوم مقام نفس المورّث بطريق الخلافة، لا يتوقف تمامه على الخصومة حتى يصير الوارث خصمًا بنفس موت المورّث، خاصم أو لم يخاصم، فكذا الوصى، فأما التوكيل أمر بالفعل، وإقامة فعل الوكيل وهو الخصومة مقام فعل نفسه، لا إقامة نفس الوكيل مقام نفسه، ولكن إذا فعل الوكيل، وقام فعله مقام فعل الموكل، يقوم نفسه مقام نفسه، فقبل الفعل، وهو الخصومة لم يقم مقام الموكل أصلا، فلم يصر خصمًا، فقبل شهادته، أما إذا خاصم قامت خصومته مقام خصومة الموكل، فصار خصمًا كالموكل، وخرج من أن يكون شاهدًا، فلا تقبل شهادته بعد ذلك أبدًا، فهذا هو الفرق بينهما.

ثم الشرط عندهما الخصومة فى مجلس القاضى، حتى لو خاصمه فى غير مجلس القاضى، وعزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى، فشهد للموكل[1] تقبل شهادته له عندهما، وصار تقدير المسألة عندهما، كأن الموكل قال له: أنت وكيلى بالخصومة فى مجلس القاضى، فلا يصير خصمًا قبله.

١٥١٧١- قال: رجل وكّل رجلا بخصومة فلان فى كل حق هو له قبله بمحضر من القاضى، والقاضى يعرفهم، فقبل الوكيل الوكالة، ولم يخاصم فلانًا فى شيء من

---

(١) وفى الأصل: فشهد عند المؤكل.

ذلك حتى عزله الموكل عن الوكالة، ثم شهد الوكيل للموكل بشيء من ذلك الذى وكّله به، قبلت شهادته عند أبى حنيفة ومحمد؛ لأن المانع من قبول الشهادة صيرورته خصمًا، والوكيل إنما يصير خصمًا عندهما بالخصومة، ولم توجد الخصومة، وإنما شرط علم القاضى بالتوكيل حتى لا يحتاج الوكيل إلى إثباتها لو أنكر الخصم الوكالة.

وإن كان الوكيل خاصم فلانًا فى ألف درهم للموكل، وقضى القاضى، أو لم يقض حتى عزل، ثم شهد للموكل إن شهد بتلك الألف التى خاصم فيها، لاتقبل شهادته إجماعًا، وإن شهد بمال آخر، تقبل شهادته عندهما؛ لأنه إنما يصير خصمًا عندهما بالخصومة، والخصومة خصت تلك الألف، فصار خصمًا فيها، لا فى مال آخر، ففى مال آخر انعدام المانع من قبول الشهادة، فقبلت.

ولو كان التوكيل بغير محضر من القاضى، فخاصم الوكيل فلانًا فى ألف قبله للموكل، فأنكر وكالته، فأقام الوكيل بينة عليه بالوكالة، وقضى القاضى بالوكالة، وقضى بالألف أو لم يقض حتى عزل الموكل الوكيل، ثم شهد الوكيل للموكل على فلان بتلك الألف، أو بمال آخر، لا تقبل شهادته، بخلاف الوجه الأول، وهو ما إذا كان التوكيل بعلم القاضى.

والفرق: إن القاضى إذا لم يعلم بالوكالة، فالوكيل يحتاج إلى إثباتها بالبينة، ومن ضرورة إثباتها فى هذا الحق بالبينة ثبوتها فى سائر الحقوق؛ لأن التوكيل واحد، وقد حصل عامًّا بكل حق، فلا يثبت فى شيء حتى يثبت جملته، كما أثبته الموكل، والبينة إنما تعمل بعد الدعوى والخصومة، فإذا صار إثبات الوكالة بالبينة فى هذا الحق إثباتًا لها فى سائر الحقوق، صات الخصومة فى هذا الحق خصومة فى سائر الحقوق لإثبات الوكالة فيها، فسقطت شهادتها فى عامة الحقوق بالخصومة فيها، إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة؛ لأن التوكيل بالخصومة فى كل حق له قبل فلان إنما يتناول الحقوق الموجودة، ولا يتناول الحادث بعد التوكيل، فلايصير خصمًا فى الحادث بعد التوكيل، فلا يبطل شهادته، فأما إذا كان التوكيل بعلم القاضى، فالوكيل لا يحتاج إلى إثبات الوكالة عند القاضى لعلم القاضى بذلك؛ ليصير إثبات الوكالة فى بعض الحقوق إثباتًا فى جميع الحقوق، فتصير خصومته فى بعض الحقوق خصومة فى جميع الحقوق، فلهذا

افترقا .

واستشهد فى الكتاب لإيضاح الفرق بين الوجهين ، فقال : ألا ترى أن القاضى لو قضى بوكالته بالبينة ، ثم مات أو عزل ، ورفع حكمه إلى قاضٍ آخر ، وثبت ذلك عنده ، أمضى قضاء الأول ، وجعل لهذا خصمًا فى كل حق يدعيه قبل فلان ، ولو ثبت عند القاضى الثانى علم القاضى الأوّل بما جرى عنده من الوكالة لم يجعله خصمًا ، ولم يمض قضاء الأول ؛ لأن علم القاضى حجة فى حقه ، وليس بحجة فى حق غيره ، أما حكمه حجة فى حق الكل ، فإذا ظهرت التفرقة بين علم القاضى وحكمه فى حق قاض آخر جاز أن يظهر التفرقة بينهما فى حق مال آخر فى حق قبول الشهادة .

١٥١٧٢- قال : ولو أن رجلا وكّل رجلا بكل حق له قبل فلان وفلان وفلان بغير محضر من القاضى ، فأحضر الوكيل واحدًا من هؤلاء ، وأقام بينة على أن فلانًا وكّله بكل حق له قبل فلان وفلان وفلان ، وقضى القاضى بوكالته ، ثم عزل الموكل الوكيل ، فشهد الوكيل بعد ذلك للموكل على هذا الذى أحضره بحق ، أو على الآخرين ، لا تقبل شهادته .

١٥١٧٣- وكذلك لو وكّله بكل حق له فى مصر كذا ، وبالخصومة فيه ، فأحضر الوكيل رجلا من أهل ذلك المصر ، وادعى عليه حقًا لموكله ، فجحد وكالته ، فأقام الوكيل بينة أن فلانًا وكله بكل حق له فى هذا المصر ، وبالخصومة فيه ، وقضى القاضى بوكالته ، ثم عزل الموكل الوكيل ، فشهد الوكيل بعد ذلك للموكل بحق ، أو مال على ذلك الرجل ، أو على غيره من أهل ذلك المصر ، لم تقبل شهادته ؛ لأنه صار خصمًا للغائبين ، كما صار خصمًا للحاضر ؛ لأن الخصومة مع الحاضر خصومة مع الغائبين ؛ لكون الحاضر نائبًا عن الغائبين .

بيانه : أنه ما ادّعى على الحاضر من الوكالة لا يثبت إلا بإثباتها على الغائبين ؛ لأن التوكيل واحد ، وقد حصل عامًا ، فصار المدعى على الغائبين سببًا لثبوت المدعى على الحاضر ، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائبين ، ألا ترى أن القضاء على الحاضر صار قضاء على الغائبين ، فكذا الخصومة مع الحاضر تكون خصومة مع الغائبين ، فبطلت شهادته فى حقهم جميعًا ، إلا أن بين المسألتين فرقًا ، فإن فى مسألة المصر كما لا تقبل

شهادة الوكيل للموكل بحق قائم وقت الوكالة، لا تقبل شهادته له بحق حدث بعد الوكالة، وفيما إذا وكّل بالخصومة قبل فلان وفلان، لاتقبل شهادة الوكيل للموكل بحق قائم وقت الوكالة، وتقبل شهادته بحق حدث بعد الوكالة، وكذلك فيما إذا وكله بالخصومة مع شخص بعينه، ثم عزل الوكيل لاتقبل شهادة الوكيل للموكل بحق قائم وقت التوكيل، وتقبل شهادته بحق حدث بعد الوكالة، والقياس في مسألة المصر أن لا تقبل شهادة الوكيل بحق قائم وقت التوكيل، وتقبل شهادته بحق حدث بعد التوكيل اعتبارًا للتقييد بالمكان بالتقييد بالشخص، إلا أنهم استحسنوا في مسألة المصر لمكان العرف، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من أراد سفرا يقيم غيره مقام نفسه بطلب كل حق له في مصر، ومراده من ذلك أن يقوم مقامه فيما هو واجب له، وفيما يحدث كيلا يضيع شيء من حقوقه، فلمكان العرف[1] صرفنا الوكالة إلى الكل.

وهو نظير من وكل إنسانًا بقبض غلاته، كان وكيلا بالواجب وبما يحدث، وانصرفت الوكالة إلى الكل لمكان العرف، فإن من وكّل إنسانًا بقبض غلاته يريد به الواجب وما يحدث، كيلا يحتاج إلى تجديد الوكالة في كل زمان، فلا يقع في الحرج، وإذا انصرفت الوكالة إلى الكل، صار خصمًا في الكل، فلا تقبل شهادته في شيء من ذلك، ومثل هذا العرف لا يوجد فيما إذا وكله بكل حق له قبل شخص بعينه، أو قبل أشخاص بأعيانهم، فيعمل بظاهر اللفظ، وظاهر اللفظ يتناول القائم وقت التوكيل، لا ما يحدث بعد ذلك، فلم يصر خصمًا فيما حدث بعد التوكيل، فجاز أن تقبل شهادته فيه.

فرع على مسألة المصر:

١٥١٧٤- فقال: لو شهد بحق حدث بعد العزل، قبلت شهادته؛ لأنه لم يصر خصمًا فيه؛ لأن التوكيل لم ينصرف إليه؛ لأن انصراف التوكيل إلى الحادث بعد التوكيل بحكم العُرف، ولا عرف في الحادث بعد العزل، فيعمل فيه بظاهر اللفظ، وظاهر اللفظ لا يتناول الحادث بعد التوكيل، ولا الحادث بعد العزل.

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: لمكان الفرق.

قال : ولو كان هذا التوكيل بعلم القاضى ، لم يبطل القاضى شهادته بعد العزل إلا فيما كان خاصم فيه بعينه قبل العزل ، والفرق ما ذكرنا ، قال : والتوكيل بكل حق له قبل الناس فى انصرافه إلى القائم وقت التوكيل ، والحادث بعده نظير التوكيل بكل حق له فى مصر كذا ، بل أولى ؛ لأن هذا أعم ؛ لأنه يتناول جميع الناس فى كل مصر .

١٥١٧٥- وإذا ادعى رجل أن فلانًا وكله وفلانًا الغائب فى كل حق له قبل الناس ، وأحضر رجلا ادعى عليه حقًا للموكل، وأقام البينة على وكالته على نحو ما ذكرنا ، وقضى القاضى ، صار الحاضر مع الغائب وكيلين ، حتى إن الغائب إذا حضر ، وادعى حقا على أحد لا يكلف إعادة البينة على الوكالة ، فإن عزلهما الموكل ، ثم شهدا بحق قبل هذا الرجل ، أو قبل رجل آخر ، لا تقبل شهادتهما القائم وقت الوكالة ، والحادث بعد الوكالة فى ذلك على السواء ؛ لأن خصومة أحدهما لما جُعل كخصومتهما ، صار كأن وجدت الخصومة منهما ، ولو وجدت الخصومة منهما فى حق من الحقوق ، كان ذلك بمنزلة الخصومة فى سائر الحقوق القائم وقت الوكالة ، والحادث بعد هذا سواء ، لما مر ، فههنا كذلك -والله سبحانه وتعالى أعلم- .

الفصل الرابع عشر
فى الشك فى الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها ووجود الشاهد بعد القضاء بشهادته بصفة لا تجوز شهادته
وشهادة الشهود بعد قضاء القاضى بخلاف ما قضى

١٥١٧٦- إبراهيم عن محمد : فى شاهدين شهدا لرجل أن له على هذا درهمًا أو درهمين، فالشهادة جائزة على درهم .

١٥١٧٧- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف : فى رجل فى يديه درهمان صغير وكبير ، فأقر بأحدهما لرجل ، ثم جحد، فشهد عليه بذلك شاهدان ، أجزت[1] الشهادة على الصغير منهما استحسانًا ، وسواء أقر بأحدهما بغير عينه أو بعينه ، ثم نسياه[2] ، هكذا ذكر فى فصل الإقرار ، وإقراره بأحدهما بعينه ، والنسيان مشكل يعرف بالتأمل .

قال : وكذلك المكيل كله ، والوزن كله إذا كان صنفا واحدًا ، فإنى أقضى بالأوكس ، وإذا اختلف النوعان ، فإنى أبطلت الإقرار ، قال : وكل شىء يضمن فيه القيمة ، وقد صارت دينًا جعلت عليه أوكس القيمتين ، نحو أن يشهد أنه غصب منه ثوبًا هرويًا أو مرويًا ، وأحرقه ، قالا : سمّا لنا ، أو قال : سمّا لنا أحدهما بعينه ، فنسيناه ، قضيت عليه بأوكس القيمتين .

روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة : فى رجلين شهدا لرجل بشهادة ، ثم زادا فيها قبل أن يقضى القاضى بها أو بعده ، وقالا : أوهمنا وهما غير متهمين قبل ذلك منهما .

١٥١٧٨- وروى بشر فى "الإملاء" عن أبى يوسف : فى رجل يشهد عند القاضى بشهادة ، ثم يجيء بعد ذلك بيوم ، فيقول : شككت فى شهادتى فى كذا وكذا منها ، قال : إذا كان القاضى يعرفه بالصلاح ، قبل شهادته فيما بقى ، وإن كان لا يعرفه

---

(١) وكان فى الأصل : أجزأت الشهادة .

(٢) هكذا فى الأصل ، وكان فى ظ وم : نَسَبَاهُ .

بالصلاح فهذه تهمة ألقت شهادته .

وكذلك لو قال : رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال ، غلطت في ذلك أو نسيت ، فهو مثل قوله : شككت ، وإذا لم يقل الشاهد : قد شككت ، ولكن قال : قد تعمدت ولم أغلط ، ثم بدا لي أن أجع عن ذلك ، لم تقبل شهادته فيما بقي ، ولا في غير ذلك حتى يحدث توبة ، ويعاقبه القاضي .

وقال محمد : فيمن شهد عند القاضي ، فلا يبرح مكانه حتى يقول : أوهمت بعض شهادتي جاز ذلك ، وقُبل شهادته إذا كان عدلا ، قال : وهو قول أبي حنيفة ، وهكذا ذكر في "الجامع الصغير" .

١٥١٧٩- وفي "المنتقى" : إذا شهد رجل على دار بحدودها ، أو شهد بمال ، ثم رجع عن بعض تلك الدار ، أو عن بعض المال ، قال محمد : إن كان عدلا ، ورجع في مكانه ، وقال : أوهمت استحسن أن أجيز شهادته إذا لم يكن في ذلك كذب من الشهود له .

١٥١٨٠- وفي "نوادر هشام" عن محمد : رجل ادّعى داراً في يدي رجل ، وأقام شاهدين شهدا أن الدار له ، ثم قال الشاهدان بعد ذلك قبل القضاء أن البناء ليس للمدعي ، إنما هو للمدعى عليه ، قال : إذا قال ذلك قبل أن يتفرقا عن مجلس القضاء ، قبلت شهادتهما ، وهذا استحسان ما لم يطل ذلك ، وإذا قاما ، أو طال ذلك ، بطل شهادتهما .

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد : إذا شهد الشهود بالدار للمدعي ، وقضى القاضي بشهادتهم ، ثم إن الشهود قالوا : لا ندري لمن البناء؟ فإني لا أضمنهم قيمة البناء ، كأنهم قالوا : قد شككنا في شهادتنا ، وإن قالوا : ليس البناء للمدعي ، ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه .

١٥١٨١- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد أيضًا : رجل مات وترك عبداً لا مال له غيره ، وقيمته ألف درهم ، ولا يعلم عليه دين ، فأعتقه الوارث ، ثم شهد العبد بشهادات ، واستقضى فقضى بقضاياه ، ثم أقام رجل بينة على الميت بدين ، فإن العبد يرد رقيقًا ، ويبطل عتقه وما شهد به من شهادة ، فإن أبرأ الغريم الميت من الدين جاز عتقه

وحده، ولم يجز شيء من شهادته وقضاياه.

وإن كان رجل قتل هذا العبد، غرم قيمته لورثة العبد، ولا يجعلها لورثة المولى، قال: ألا ترى أنا لا نرده في الرق.

١٥١٨٢- وروى إبراهيم عن محمد: في رجل أقام بينة أنه وصيّ فلان الميت، وقضى القاضي بوصايته، وأخذ ما للميت من الديون على الناس، ثم وجد البينة عبيدًا، فقد برئ الغرماء، ولو كان مثله في الوكالة، لم يبرؤوا.

١٥١٨٣- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف: رجل شهد عليه شاهدان أن هذه الدار التي في يديه لفلان، فلم يقض القاضي بها حتى قالا: إنما شهدنا على العرصة، أجزت شهادتهما على ذلك، ولم يكن هذا رجوعًا، ولو قضى القاضي بها وبالبناء، ثم قالا: شهدنا على العرصة، ضمنتهما[1] قيمة البناء.

١٥١٨٤- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: رجل مات، فقاسمت امرأته ولده الميراث، وهم كبار، وأقروا أنها زوجة الميت، ثم وجدوا شهودًا أن زوجها قد كان طلقها ثلاثًا في صحته، فإنهم يرجعون عليها بما أخذت من الميراث، وكذلك قال أبو حنيفة وأبو يوسف في امرأة اختلعت من زوجها بماله، ثم أقامت البينة أنه كان طلقها ثلاثًا قبل الخلع.

وكذلك أمة كاتبها مولاها، فأدت ثم أقامت البينة على إعتاق كان من المولى قبل الكتابة، وكذلك العبد وكذلك الزوج إذا قاسم أخ المرأة ميراثًا، وأقر أن هذا ميراث، وأن هذا زوج الميتة، وهذا أخوها، ثم إن الأخ أقام بينة أن الزوج قد كان طلقها ثلاثًا في حال حياتها، فذلك جائز، ويرجع الأخ فيما أخذ الزوج من الميراث، وقد تحقق التناقض في هذه المسائل، إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الطلاق مما يستبد به الزوج، والعتاق مما يستبد به المولى، والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى وسماع البينة.

(١) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل و"م": ضمنتها.

الفصل الخامس عشر
فى الشهادة على الوكالة والوصاية

١٥١٨٥- رجل أقام بينة عند القاضى أن فلانًا وكّله بطلب كل حق له بالكوفة بالخصومة فيه، فهو جائز ما صنع فيه، وليس معه خصم يدعى عليه حقًا، لم يسمع القاضى منه هذه البينة؛ لقيامها على غائب ليس عنه خصم حاضر، فإن أحضر رجلا يدعى الوكيل أن للموكل عليه حقًا، وهو ينكر كونه وكيلا، فأقام الوكيل بينة على وكالته، قضى القاضى عليه بنكوله وكيلا؛ لقيام البينة على خصم حاضر، وصار الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو عاين القاضى توكيله، قضى بكونه وكيلا، كذا ههنا.

فإن أحضر الوكيل رجلا آخر من أهل الكوفة يدعى للموكل قبله حقًا، فأنكر الوكالة، لا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة على الوكالة؛ لأن القاضى حين قضى بوكالته ببينة قامت على الأول، فإنما قضى بوكالته فى حق جميع من بالكوفة؛ لأنه كان لا يتوصل إلى إثبات الوكالة على الأول إلا بإثبات الوكالة على الكل؛ لكون الوكالة واحدة بلفظ العام، فانتصب الذى حضر مجلس القاضى خصمًا عن جميع من بالكوفة، فصار القضاء عليه بالوكالة قضاء على الكل، وهو نظير ما لو مات رجل، فجاء رجل إلى القاضى، وأحضر معه رجلا، فأقام بينة أنه ابن الميت، وأن للميت على هذا الذى أحضر مجلس القاضى دينًا، وقضى القاضى بنسبه يثبت نسبه عامًا فى حق هذا المديون، وفى حق مديون آخر لما قلنا: من المعنى، كذا ههنا.

ولو كان الشهود شهدوا أن فلانًا وكله بطلب حقه قبل فلان ابن فلان الفلانى، وبالخصومة فيه، لم يسمع القاضى شهادتهم ما لم يحضر فلان ابن فلان؛ لأن الخصم فى هذه الوكالة متعين، فلا يصير غيره قائمًا مقامه إلا بإقامته، ولم يوجد.

ولو أن الموكل حضر عند القاضى، فقال: إنى وكلت هذا الرجل بطلب كل حق لى بالكوفة، وبالخصومة، وليس معهما خصم، ثم جاء الوكيل برجل، وادعى أن

للموكل قبله حقّا، فإن كان القاضى يعلم الموكل باسمه ونسبه، يقضى بوكالته، ولا يكلفه إقامة البينة على الوكالة؛ لأن علم القاضى بالمعاينة فوق علمه بالخبر، فإذا كان يقضى بوكالته عند حصول العلم له بالخبر، فهذا أولى، ولايشترط حضرة الخصم عند التوكيل؛ لصحة التوكيل عند القاضى؛ لأن حضرة الخصم إنما يحتاج للجحود ليمكن[1] إثبات الوكالة بالبينة، فيحصل العلم للقاضى بالبينة بكونه وكيلا، فإذا كان العلم حاصلا للقاضى بالمعاينة، لا حاجة إلى اعتبار حضرة الخصم، فإن كان القاضى لا يعرف الموكل باسمه ونسبه، لا يقضى بالوكالة؛ لأن الموكل غائب وقت القضاء بالوكالة، والغائب إنما يعرف بالاسم والنسب، فإذا لم يعرف القاضى ذلك، بقى الموكل مجهولا، والقضاء بالمجهول وعلى المجهول باطل، بخلاف ما لو كان الموكل حاضرًا، حيث يقضى القاضى بوكالته، وإن لم يعرف اسمه ونسبه؛ لأنه معلوم لكونه حاضرًا.

فإن لم يعرف القاضى الموكل باسمه ونسبه، فقال الموكل: أنا أقيم البينة أنى فلان ابن فلان لتقضى بالوكالة متى غبت، لا يلتفت القاضى إليه؛ لأن شرط سماع البينة على النسب الخصومة فى النسب، ولم يوجد.

فإن غاب الموكل، فأحضر الوكيل رجلا، وادعى أن للموكل عنده حقّا، وأقام الوكيل البينة عليه أن فلان ابن فلان الفلانى وكله بالخصومة فى كل حق له عند الناس بالكوفة، وأنكر ذلك الخصم وكالته، قبلت بينته، وصار وكيلا فى حق جميع من كان بالكوفة؛ لما قلنا.

وإن أرادوا من القاضى فى هذه الوجوه كلها أن يسمع من الشهود بغير محضر من الخصم؛ ليكتب الكتاب بشهادتهم إلى قاضٍ آخر، أجابهم القاضى إلى ذلك؛ لأن كتاب القاضى إلى القاضى ليس بقضاء ليحتاج فيه إلى حضرة الخصم، إنما هو من القاضى الكاتب نقل شهادة الشهود إلى مجلس القاضى المكتوب إليه بمنزلة الشهادة على الشهادة، ثم الإشهاد على الشهادة صحيح عند حضرة الخصم، فكذا كتاب القاضى إلى القاضى.

---

(١) وفى الأصل: لتمكن.

ويجوز للقاضى المكتوب إليه القضاء بكتاب القاضى وحده، وإن لم يجز له القضاء بشهادة هذا القاضى الكاتب بانفراده، بأن ذهب بنفسه إلى بلدة القاضى المكتوب إليه، وشهد بين يديه على شهادة هؤلاء.

والفرق: وهو أن القاضى الكاتب نقل شهادة الشهود إلى القاضى المكتوب إليه بكتابه، وهو قاضٍ، وقوله: وهو قاضٍ بمنزلة شهادة الشاهدين، فكذلك كتابه، أما إذا ذهب بنفسه إلى تلك البلدة، وشهد فقد نقل شهادة الشهود بقوله: وهو ليس بقاضٍ؛ لأنه بعد ما خرج من البلد الذى هو قاضٍ فيه لا يبقى قاضيًا، ويلحق بواحد من الرعايا، فلا يثبت النقل بمجرد قوله: حتى لو كان قاضى تلك البلدة أيضًا بأن كان قاضى القضاة ثبت شهادة الشهود بمجرد قوله فى مجلس القاضى الثانى.

ثم ما ذكر من الجواب قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وهو قول محمد الأول، أما على قوله الآخر الذى رجع إليه لا يثبت شهادة الأصول عند المكتوب إليه بكتاب القاضى ما لم يشهد معه شاهد آخر، والمسألة معروفة، والذى ذكرنا من الجواب فى الوكيل فكذا فى الوصى فى الفصول كلها؛ لأن الوصى وكيل بعد الوفاة، فيعتبر بالوكيل حالة الحياة، إلا أنهما يفترقان فى فصل، وهو أن الوكيل إن أثبت الوكالة عامة، يثبت عامة، وإن أثبت خاصة يثبت خاصة، والوصى إذا أثبت الوصاية يثبت عامة عند أبى حنيفة، سواء أثبتها عامة أو خاصة؛ لأن الوصى فى نوع عنده وصى فى الأنواع كلها، ولا كذلك الوكيل -والله أعلم-.

الفصل السادس عشر
فى شهادة ولد الملاعنة

١٥١٨٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": امرأة جاءت بولدين فى بطن واحد، فنفاهما الزوج، ولاعن القاضى بينهما، وألزم الابنين الأم، ثم كبرا، فشهدا للذى نفاهما، لم تقبل شهادتهما؛ لأن نسبهما كان ثابتًا من الزوج؛ لأنهما ولدا على فراشه، وقد قال عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وتعلق به أحكام منها امتناع قبول الشهادة، وهذا أمر عليه، ومنها حرمة وضع الزكاة وحرمة المناكحة، والعتق عند التملك، وهذه الأحكام إنما تثبت حقّا للشرع، ومنها الإرث، فهو بهذا القذف واللعان يريد إبطال هذه الأحكام، فلا يقدر على إبطال ما عليه، وعلى إبطال ما و هو حق الشرع، ويجعل النسب باقيًا فى حق الأحكام الثابتة حقّا للشرع، وفى حق الأحكام التى تثبت عليه، فأما الانتساب يبطل؛ لأنه كما هو حق الولد، فهو حق الوالد، فيبطل بإبطاله ما هو حقه، ثم يبطل حق الولد ضرورة أن النسب لا يثبت من أحد الجانبين، وإذا بطل الانتساب بطل الإرث؛ لأن الانتساب أمر لابد منه لجريان الميراث.

وكذلك لو مات هذان الولدان ولهما أولاد، فشهدوا للملاعن، كانت الشهادة باطلة؛ لأن النسب باقٍ فى حق أمر على على ما مر، وهذا أمر عليه.

وكذلك لو تزوج أحد الابنين الذين نفاهما بنتا للزوج من امرأة أخرى، كان النكاح باطلا لبقاء النسب فى حق الحرمات الثابتة حقّا للشرع.

١٥١٨٧- امرأة لم يدخل بها زوجها، جاءت بولد، فنفاه، فإن القاضى يلاعن بينهما، ويلزم الولد أمه؛ لأن النكاح فى حق من هو من أهل الماء فى مدة يتصور الولادة فيها أقيم مقام الانخلاق من ماءه حكمًا، ولو كان الانخلاق من ماءه حقيقة، يعمل نفيه، ويلاعن بينهما، ويلزم الولد أمه، فكذا ههنا، وعلى الزوج المهر كاملا؛ لوجود الدخول من حيث الحكم؛ لما حكم بثبات نسب الولد منه.

فإن قيل : إنما يثبت الدخول ههنا من طريق الحكم لما حكم بثبات النسب ، وقد تبين أن النسب لم يكن ثابتًا منه ، فتبين أن الدخول لم يكن ثابتًا .

قلنا : النسب إنما ينقطع بعد ما ثبت من حيث الظاهر ؛ لحدوثه على فراشه ؛ لا أن يظهر أنه لم يكن ثابتًا ، ألا ترى أن نفى بعد أحكام النسب ، ولو تبين أنه لم يكن ثابتًا لكان لا يثبت شيء من الأحكام ، وإذا لم يبين أن النسب لم يكن ثابتًا ، لا يتبين أن الدخول لم يكن ثابتًا ، ولا يتزوج الزوج ، ولا واحدة من ولده الولد الذى ولدته المرأة إن كانت جارية ، ولا يعطى من زكاة ماله ، ولا يشهد له ؛ لما مر أن النسب باقٍ فى حق الحرمات الثابتة حقًا للشرع ، ولا يرث كل واحد منهما من صاحبه لما مرّ ، ولا يستحق كل واحد منهما النفقة على صاحبه لما قلنا : فى الإرث .

١٥١٨٨- جارية لرجل جاءت بولد ، فادعاه المولى حتى ثبت النسب منه ، وصارت الجارية أم ولده ، ثم ولدت بعد ذلك ابنين فى بطن واحد ، فنفاهما جاز نفيه ؛ لأنه لو نفى نسب ولد المنكوحة ، جاز نفيه ، وإن كان فراشه أقوى فلأن يجوز نفى ولد أم الولد وفراشها أضعف كان أولى ، إلا أن بينهما فرقا ، وهو أن نسب ولد المنكوحة لاينتفى بمجرد النفى ، إنما ينتفى باللعان ، وقضاء القاضى بالقطع ، ونسب ولد أم الولد ينتفى بمجرد النفى ، وموضع الفرق كتاب الدعوى .

وإذا انتفى نسبهما من المولى بمجرد النفى ، كانا عبدين له بمنزلة أمهما ؛ لأن ولد أم الولد يكون بمثل حالهما ، وكان النفى عاملا فى إبطال ما ثبت لهما من الحرية من حيث الظاهر ؛ لأن العتق ليس من الأحكام المختصة بالنسب الذى لا ينفك عن النسب ، ألا ترى أن الأب لو كان مكاتبًا أو عبدًا مأذونًا ، فملك ولده لا يعتق عليه ، والنفى عامل فيما ليس من الأحكام المختصة بالنسب ، كما فى حق الميراث .

فإن أعتقهما المولى ، ثم شهدا للمولى كانت شهادتهما باطلة ، وكذا شهادة أولادهما ، وكذا لو أعطاهم من زكاة ماله ، لم يجز ، وكذا لا يرثان من الرجل ، ولايرث الرجل منهما بحكم القرابة ، كما فى ولد المنكوحة ، ولكن الرجل يرث منهما بحكم الولاء ؛ لأنهما معتقاه .

١٥١٨٩- أمة لرجل جاءت بولدين فى بطن واحد ، فباع المولى أحد الولدين ،

فأعتقه المشترى، ثم إن المعتق بعد ما كبر، شهد مع رجل آخر للبائع على رجل، جازت شهادتهما؛ لأن نسب هذا الولد ما كان ثابتًا من المولى قبل البيع؛ لأنه ولد الأمة، ونسب ولد الأمة لا يثبت من المولى بدون الدعوة، فلم يثبت امتناع قبول الشهادة، بخلاف ولد أم الولد والمنكوحة على ما مر.

فإن قضى القاضى بشهادتهما، ثم إن البائع ادعى الولد الذى عنده، جازت الدعوة؛ لاتصال علوقه بملكه، وإذا ثبت نسب هذا الولد، ثبت نسب الولد الآخر ضرورة؛ لأنهما توأم، وإذا ثبت نسب الآخر ظهر أنه علق حرّا، وأن المولى باع الحر، فانتقض البيع، ورجع المشترى بالثمن على بائعه؛ لأنه لم يسلم له المبيع، فلايسلم للمشترى الثمن، وظهر بطلان الشهادة للبائع؛ لأنه ظهر أنه كان شهد لأبيه، ويرجع المشهود عليه على البائع بما أخذ منه إن كان قائمًا بعينه، وإن كان استهلكه ضمن له مثله إن كان مثليّا، وقيمته إن لم يكن مثليّا؛ لأنه ظهر أن القاضى أخطأ فى قضاءه، كان إقرار الضمان على المقضى له.

وإن كان المشهود به قطع يد أو رجل غرم البائع للمشهود عليه أرش ذلك فى ماله فى سنتين[١]، وإن كان المشهود به قتل نفس يغرم الدية فى ماله فى ثلاث سنين؛ لأن البائع كان مخطئًا فى القطع والقتل؛ لأنه إنما قطع، وقتل على حسبان أن له ذلك، وقد ظهر خلاف ذلك، وموجب جناية الخطأ المال، إلا أنه يكون فى ماله لا على العاقلة؛ لأنه وجب بسبب دعوته، وهو غير مصدّق فى ذلك فى حق العاقلة، فصار من هذا الوجه كالثابت بإقراره.

فإن قيل: جنايته ثابتة معاينة، لا بإقرار، إنما الثابت بقوله: نسب الولد، إلا أن اتصال العُلوق فى ملكه بمنزلة البينة العادلة على صدق مقالته، ولو ثبت نسب هذا الولد بالبينة، كان موجب هذه الجناية على عاقلته، كذا ههنا.

قلنا: هذا هكذا فيما كان من الأحكام المختصة بالنسب الذى لا ينفك النسب عنه لا بحال[٢]، فأما فى حق الأحكام التى ينفك النسب عنه، فالدعوى بمنزلة الإقرار، ألا

---

(١) كذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم وفى حاشية ظ: فى ثلاث سنين.

(٢) هكذا فى ظ وم، وكان فى ف: بحال من غير النفى.

ترى أن رجلا لو كان قطع يد هذا الولد خطأ، حتى وجب على الجانى نصف القيمة، ثم ادعاه البائع، حتى صحّت دعوته، لا يجب على الجانى نصف الدية.

وإن اتصل العلوق بملكه، وجعل دعوته فى حق الجانى بمنزلة الإقرار، لا بمنزلة البينة لهذا أن وجوب الدية ليس من الأحكام المختصة بالنسب الذى لاينفك النسب عنه، فجعل فى هذا دعوة البائع بمنزلة الإقرار، كذا ههنا الوجوب على العاقلة ليس من الأحكام المختصة بالنسب الذى لا ينفك النسب عنه، فجعل فى حق دعوة البائع بمنزلة الإقرار، وما يجب بحكم الإقرار لا يجب على العاقلة -والله أعلم-.

الفصل السابع عشر
فى التهاتر من الشهادات

١٥١٩٠- كل بينة لا تكون حجة شرعًا، فهو من التهاتر، فمن جملة ذلك ما ذكر ابن سماعة عن أبى يوسف: فى شاهدين شهدا على رجل بقول أو فعل يلزمه بذلك، إجارة، أو كتابة، أو بيع، أو قصاص، أو مال، أو طلاق، أو عتاق فى موضع وصفاه، أو فى يوم سمياه، فأقام المشهود عليه بينة أنه لم يكن فى ذلك الموضع، ولا فى ذلك اليوم فى الموضع الذى وصفاه، لم تقبل منه البينة على ذلك؛ لأن هذه بينة فى غير موضعها، فكانت ساقطة.

بيانه: إن الشرع شرع البيّنات للإثبات، لا للنفى؛ لأنه شرعها فى جانب المدعى، والمدعى يحتاج إلى إثبات الحق، فلا يكون حجة فى موضع النفى، مسألتنا هذه موضع النفى، فلا تكون البينة حجة فيها.

١٥١٩١- لا يلزم على ما قلنا: إذا شهدوا أن هذا وارث؛ لا وارث له غيره، حيث تقبل شهادتهم، وهذه شهادة على نفى وارث آخر؛ لأنا نقول: المقصود من هذا النفى إثبات جميع المال له، فكانت هذه الشهادة على الإثبات باعتبار المقصود، وكذلك كل بينة قامت على أن فلانًا لم يقل، لم يفعل، لم يقر، فهذا كله من التهاتر؛ لأنها قامت على النفى.

١٥١٩٢- رجل أقام بينة على رجل أنه جرحه يوم النحر بمكة هذا الجرح، وقضيت بذلك، ثم أقام المدعى عليه الجراحة على أحد الشاهدين بينته أنه جرحه يوم النحر[1] بكوفة، لم أقبل بينته على ذلك، قال: لأنى قد قضيت بجراحته يوم النحر بمكة، ولا يكون فى يوم واحد بكوفة ومكة، وقد ثبت بالبينة الأولى كونه يوم النحر بمكة، وتأيدت تلك البينة باتصال القضاء بها، فتعين البطلان فى البينة الثانية، ولو لم

(١) وكان فى الأصل: لا بمكة ولا بكوفة.

يكن قضيت بالبينة الأولى حتى اجتمعت البينتان والدعويان[1] أبطلتهما ؛ لأن القاضى يكذب إحداهما ؛ لأن الشخص الواحد فى وقت واحد لايكون بكوفة وبمكة .

١٥١٩٣- قال فى كتاب الحدود : لو شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة يوم النحر بمكة ، وشهد أربعة أنه قتل فلانًا يوم النحر بكوفة ، أو كانت الشهادة الثانية فى نكاح ، أو طلاق ، أو عتاق ، أو جراحة ، أو قال رجل لعبديه : أيكما أكل هذا الرغيف فهو حر ، فشهد شاهدان أن هذا أكله ، وشهد آخران أن هذا الآخر أكله ، لم أقبل شهادتهما ؛ لأن القاضى تيقن بكذب أحد الفريقين .

وإن شهد أحد الفريقين أولا ، وقضى القاضى بشهادتهم ، ثم شهد الفريق الآخر بما وصفنا ، لا تقبل شهادة الفريق الثانى ؛ لأن شهادة الفريق الثانى تعينت بالكذب .

وإن رد القاضى الشهود جميعًا ، ثم مات أحد الفريقين ، ثم شهد الفريق الثانى بما شهدوا به ، أعادوا شهادتهم ، لا تقبل شهادتهم ؛ لأن الشهادة متى صارت مردودة فى الحكم لا تقبل بعد ذلك أبدًا ، فإن جاء الآخر بشاهدين آخرين ، قبل شهادتهما ؛ لأنهما لم يردا ، ولم تعارضهما البينة الأولى ؛ لأنها مردودة فى الحكم ، فوجب القضاء .

١٥١٩٤- وعلى هذا إذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته عمرة يوم النحر بكوفة، وشهد آخران أنه طلقها يوم النحر بمكة ، أو كانوا شهدوا على امرأتين ، لم تقبل شهادتهما .

ولو شهد أحد الفريقين أولا ، وقضى القاضى بشهادتهما ، ثم شهد الفريق الثانى ، فالقاضى لا يقضى بشهادة الفريق الثانى ؛ لما قلنا .

١٥١٩٥- ولو ادّعى رجلان ولاء رجل ، وأقام كل واحد منهما بينة أنه أعتقه ، وهو يملكه ، ثم مات ولا يعلمون له وارثًا غيره ، جعلنا الولاء بينهما ، وإن ادعى أحدهما أولا ، وقضى القاضى بالولاء له ، ثم أقام الآخر بعد ذلك بينة على دعواه ، فالقاضى لا يقبل بينة الثانى ؛ لأن الواحد يستحيل أن يكون معتق اثنين لكل واحد منهما على الكمال ، والبينة الأولى تأكدت باتصال القضاء بها ، فتعينت الثانية للبطلان .

١٥١٩٦- وإذا شهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا ، فشهد أربعة أخرى على

(١) وفى الأصل : والدعوتان .

هؤلاء الشهود أنهم زُناة، فهذا باطل على قول أبى حنيفة، وعند أبى يوسف : يحد الفريق الأول بشهادة الفريق الثانى، أما لا يحد المشهود عليه الأول، وإنما لا يحد المشهود عليه الأول، أما على قولهما فلأن عندهما قبل شهادة الفريق الثانى على الأول، وظهر أنهم زناة، فبطلت شهادتهم لفسقهم، وأما على قول أبى حنيفة للشبهة التى دخلت لمكان شهادة الفريق الثانى، والشبهة كافية لدرء الحد.

فأما حجتهما فى إقامة الحد على الفريق الأول بشهادة الفريق الثانى أن حجة إقامة الحد عليهم قد تمت، فوجب أن يُقام الحد عليهم، وهذا لأن الحجة شهادة الأربع العدول، وقد وجد عدد الأربع، ووجدت العدالة؛ لأنه لم يطعن فيهم، وإنما وجد الطعن فى الفريق الأول بشهادة الفريق الثانى، أما الفريق الثانى فشهادة الأولين لا يوجب طعنا وقدحا فيهم، فقبلت لظهور عدالتهم.

ولا يقال: بأن هذه شهادة قامت لنفى الحد عن المشهود عليه الأول، والبينات للإثبات لا للنفى؛ لأنا نقول: ظاهر شهادتهم لإثبات الحد على الفريق الأول، فإنه تضمن نفيًا لايقدح ذلك فى شهادتهم، فما من إثبات إلا وتحته نفى.

وأبوحنيفة يقول: إن قصد الفريق الثانى إبطال شهادة الفريق الأول، لا إقامة الحسبة، فلا تقبل شهادتهم، كما لو شهدوا بعد تقادم العهد، بيانه: إنهم لما لم يشهدوا حتى شهد الفريق الأول، فإما أن يقال: كانوا كاذبين، قصدوا إبطال شهادة الفريق الأول، وعلى هذا التقدير لا تقبل شهادتهم، أو يقال: كانوا صادقين، وكانوا اختاروا الستر[1]، فلما شهد الفريق الأول حملتهم الضغينة على الشهادة عليهم، وعلى هذا التقدير لا تقبل شهادتهم أيضًا؛ لأن شهادة ذى الضغن مردودة؛ ولأنه يؤدى إلى التهاتر، فإنا لو قبلنا شهادتهم، كأن يشهد فريق ثالث عليهم أنهم زناة، ويشهد فريق رابع على الفريق الثالث إلى ما لا يتناهى، فكان من التهاتر، وهو التكابر، فلا تقبل شهادتهم.

١٥١٩٧- وإذا قضى القاضى لرجل بحق ببينة أقامها، فيقول المقضى عليه: أنا أقيم البينة أنه لى، لم تقبل ذلك منه، أشار فى الأصل، فقال: لو قبلت من هذا، لقبلت

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ: السر.

من الآخر مثلها، فيؤدى إلى ما لا يتناهى، أشار إلى أن المدعى عليه لو تمكن من إقامة البينة على ملكه، لنقض القضاء الأول، كان للمدعى أن يقيم البينة أنه لى، ثم يقيم المدعى عليه بعد ذلك أنه لى، فيؤدى إلى ما لا يتناهى، فكان من التهاتر والتكابر، فلا تقبل.

ولكن هذا القدر لا يصلح علة لرد الشهادة، فإنه يقبل بينة المدعى عليه على التملك من المدعى، وأنه يؤدى إلى ما لا يتناهى؛ لأنا لو قبلنا منه ربما يقيم المدعى بينة على التملك من المدعى عليه، ثم المدعى عليه يقيم البينة على المدعى إلى ما لا يتناهى، ومع هذا قبلت بينته على تلقى الملك من جهته، ولكن الصحيح أن هذه بينة قامت على نقض القضاء الأول، لا لإثبات، فليس فى بينة المدعى عليه إثبات، والبينة القائمة على نقض القضاء مطلقًا لا تقبل، كيف وأنه يضمن أمرًا لايتناهى من الوجه الذى ذكرنا، فما ذكر فى الكتاب لبيان الأولوية، لا لرد الشهادة.

١٥١٩٨- قال فى كتاب الوصايا: إذا شهد شاهدان أنه دبّر فلانًا بعينه إن قتل، وأنه قد قتل، وشهد آخران أنه مات موتًا، فإنه يقضى بعتق المدبر من الثلث، ولا يجوز شهادة شهود الموت؛ لأن شهود القتل أثبتوا عتق المدبر، وشهود الموت نفوا عتقه، وهو المقصود من الشهادة، فأما الموت فذاته[1] غير مقصود، والبينات للإثبات لا للنفى، فلم تقبل شهادة شهود الموت، وكذلك إن شهدا أنه أعتق عبده فلانًا إن حدث به حدث من مرضه، أو فى سفره، وأنه مات فى ذلك السفر والمرض، وشهد آخران أنه رجع من سفره ومات فى أهله، أو برئ من مرضه، ومات من مرض آخر بعد ذلك؛ لأن الوقت فى البينة الأولى صار مقضيًا به، فإنه لو مات بعد رجوعه من سفره، لا يعتق العبد؛ لأنه علق بموت يوجد فى السفر، فإذا صار الوقت مقضيًا به فى البينة الأولى، تعذر القضاء بموته بعد ذلك؛ لأن الموت لايحتمل التكرار.

١٥١٩٩- وإن شهد شاهدان أنه قال: إن حدث لى فى سفرى هذا حدث، فأنت حر، وأنه مات فى سفره ذلك، وشهد آخران أنه قال: إن رجعت من سفرى هذا، فمت فى أهلى ففلان حر، وأنه رجع من سفره ومات فى أهله، وجاء الشهود إلى القاضى،

(١) هكذا فى الأصل وظ وف، وكان فى م: لأنه.

فإنه يجيز شهادة الفريق الأول أنه مات فى سفره؛ لأن كلتيهما شهدوا بموته، وذكروا لذلك تاريخًا، والموت حادث، فأسبق التاريخين أثبت موته فى زمان لا يعارضه أحد، فثبت موته فى ذلك الزمان، وصار الموت مقضيًا به ذلك الزمان ضرورة القضاء بالعتق المتعلق به، فتعذر القضاء بالبينة الأخرى؛ لأن الموت لا يحتمل التكرار.

وأوضح هذا بما إذا ذكروا تاريخًا، وأوضحوا بالوقت، فقال: لو أن رجلا قال: إن مت فى جمادى الأولى ففلان حر، وإن مت فى رجب ففلان الآخر حر، فشهد شاهدان أنه مات فى جمادى الأولى، وشهد آخران أنه مات فى رجب أخذت بقول من شهد على الموت الأول، ولا ألتفت إلى قول الآخرين؛ لما قلنا كذا ههنا.

فإن شهد شاهدان أنه قال لعبده: إن متُّ من مرضى هذا فأنت حر، وقالا: لا ندرى أمات من ذلك المرض أم لا، وقال العبد: مات من ذلك المرض، وقالت الورثة: لا بل برئ، فإن القول قول الورثة مع اليمين؛ لأن المقصود من هذا الدعوى العتق، وانتفاءه لا الموت من المرض، أو بعد ما برئ منه، والورثة ينكرون العتق لإنكارهم وجود شرط العتق، فكان القول قولهم، وإن قامت لهما بينة، أخذت بينة العبد؛ لأن البينات للإثبات، وذلك فى بينة العبد؛ لأنها تثبت العتق دون بينة المولى، فإنها تنفى العتق، وهو المقصود بالدعوى والإنكار.

فإن قال: إن متُّ من مرضى هذا، ففلان حرّ، وإن برئت، ففلان الآخر حر، فقال العبد الذى قال له: إن مت من مرضى هذا، فأنت حر، مات منه، وقالت الورثة: برئ، فالقول قول الورثة مع أيمانهم لما قلنا: إنهم ينكرون نزول العتق فى العبد الذى قال الذى قاله له: إن مت من مرضى هذا، فأنت حر، ويعتق العبد الآخر لإقرارهم بوجود شرط عتقه، وهو البرء من ذلك المرض.

وإن أقام العبد الذى قال له: إن متُّ من مرضى هذا، فأنت حر البينة أنه مات من مرضه ذلك، قبلت بينته، ويقضى بعتقه؛ لأنه أثبت ما ادعاه ببينته، وعتق الآخر بإقرار الوارث عليهم، فإن قامت البينتان جميعًا، أخذت بالبينة التى شهدت على موته من ذلك المرض، ولا أقبل بينة الآخر، وهذا بخلاف الوارث يقيم البينة على موته فى زمان، ثم يقيم المرأة على النكاح بعد الزمان الأول أنه تقبل بيّنتها؛ لأن فى تلك المسألة

لم يتعلق بالموت فى ذلك الزمان حكم، فلم يصر الموت فى ذلك الزمان مقضيّا به، فقبلت بينة المرأة، أما ههنا لا بد من القضاء بالموت من ذلك المرض لإثبات العتق فى العبد الأول؛ لأنه معلق به، ولابد من القضاء به شرط العتق ليمكن القول بزوال العتق، فصار موته من ذلك المرض مقضيّا به، فلم تقبل بينة الآخر؛ لأن بعد ما ثبت موته فى زمان لا يتصور أن يكون حيّا بعد ذلك.

١٥٢٠٠- [ذكر فى كتاب أملاه محمد بالرقة][1] قال محمد: كل مدّع على صاحب بشيء من الأشياء مما يلزمه فيه حق، وأقام البينة أنه فعله يوم كذا فى موضع كذا، وأقام المدعى عليه البينة أنه كان فى ذلك اليوم فى موضع كذا، لمكان لا يستقيم أن يكون فيه، وفى الموضع الآخر فى يوم واحد، وليس ذلك بأمر مكشوف، فالبينة بينة المدعى، ولا يقبل من المدعى عليه بينة، والأصل فيه ما ذكرنا غير مرة أن البينات للإثبات، فمن لا يقصد بإقامة بينته إلا النفى لا تقبل منه البينة؛ لأنه أراد أن بعضها فى غير ما وضعت فى الشرع، فلم يكن له ذلك.

١٥٢٠١- قال: فمن جملة ذلك رجل أقام البينة على آخر أنه قتل أباه عمدًا فى ربيع الأول، وأقام المدعى عليه البينة أنهم رأوا أباه حيّا بعد ذلك الوقت، أو أنه كان حيّا، وأقرضه ألف درهم بعد ذلك الوقت، وأنها دين عليه، أو أقام رجل على آخر البينة أنه أقرض فلانًا أبا أمس ألف درهم، فأقام الآخر البينة أن أباه مات قبل ذلك، أو أقامت امرأة رجلان أن فلانًا طلّق امرأته يوم النحر بالرقة، وأقام فلان البينة أنه كان فى ذلك اليوم حاجّا بمنى، فالبينة فى جميع ذلك بينة المدعى، ولا يلتفت إلى بينة المدعى عليه؛ لأن الإثبات فى بينة المدعى، والمدعى عليه لا يريد ببينته إلا نفى القتل والقرض والطلاق، والبينات لا تقبل للنفى، إنما تقبل للإثبات، فلم يلتفت إلى بينته إلا أن يأتى العامة، ويشهد بذلك، ويكون أمرًا مكشوفًا، فيؤخذ بشهادتهم؛ لأن الخبر المتواتر موجب للعلم قطعًا، فإذا شهدوا به على التواتر، لم يقبل البينة على خلافه؛ لأنها محتملة للكذب، وقد ظهر كذبهم بخبر العامة، بخلاف ما إذا لم يشهد به العامة، ولكن قامت بينة مثله على خلافه؛ لأنها مثل الأولى، وترجحت الأولى عليه بقوة؛ لأنها

---

(١) زيد من ف.

مثبتة، وليس فى هذه البينة إثبات، فلم يصح معارضة لها[1]، فبطلت.

ولكن إنما يطلب الترجيح من حيث الحكم بعد مساواتهما فى ذاتيهما، وشهادة شاهدين لا تصلح معارضة لخبر العامة فى ذاتها؛ لما فيها من احتمال الكذب، وانتفاء الاحتمال فى خبر العامة، فلهذا أخذ بخبرهم.

قال: ألا ترى أن العامة لو شهدت أن المدعى عليه كان معهم فى موسم، وأنه شهد معهم عرفات، لم تقبل بينة المدعية على ما ادعت من الطلاق؛ لما ذكرنا من ظهور الكذب فى البينة على ما قلنا، فإن أقامت المرأة البينة أن زوجها طلقها يوم النحر بالرقة، وأقام عبده البينة أنه أعتقه فى ذلك اليوم بمنى، وجاءت البينتان جميعًا، والرجل يجحد ذلك كله، فالبينتان باطلتان، لتيقّن القاضى بكذب أحد الفريقين، وجهالته الصادق من الكاذب منهما، وانعدام الترجيح لإحداهما على الأخرى، فإن صدق الرجل إحدى البينتين، وجحد الأخرى، قضى عليه بالطلاق والعتاق جميعًا، أما ما أقر به، فلإقراره والآخر بالبينة، والبينة الأخرى قد بطلت؛ لأنها إنما تقبل على المنكر، فإذا أقر به فقد فات شرط قبولها، وهو الإنكار، فبطلت، وتقبل البينة الأخرى لاستجماع شرائطها، وخلوّها عن المعارضة.

وهذه المسألة دليل على أن المدعى عليه بعد ما أقام المدعى عليه البينة إذا أقر بما ادعاه المدعى أن القاضى يقضى عليه بالإقرار، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه.

١٥٢٠٢- ولو شهد اثنان أنه طلّق امرأته يوم النحر بمنى، وشهد آخران أنه أعتق عبده بعد ذلك اليوم بالرقة، فإن القاضى يقضى بالطلاق بالوقت الأول؛ لأنهما شهدا به بذلك التاريخ، ولا يعارض البينة الأخرى؛ لأنها لا تفيد إلا تاريخًا بعده، فلم تعارضه، فقضى بالبينة الأولى، ثم ينظر بعد ذلك إن كان بين الوقتين ما يستقيم أن يكون فى المكانين جميعًا بأسرع ما يقدر عليه من السير، قضى بشهادتهم جميعًا؛ لأنه لا تنافى بينهما، وأمكن العمل بهما، فيعمل، وإن كان لا يستقيم بطل الوقت الثانى؛ لأنه لما وجب قبول البينة الأولى لإثباته تاريخًا سابقًا، تعين جهة البطلان فى الثانية لتعذر الجمع بينهما.

---

(١) هكذا فى الأصل و "ف" و "م"، وكان فى "ظ": لهذا.

ولا يقال : إن العمل بالبنتين ممكن ، فإنه لا يستحيل كونه في يوم واحد بهذين المكانين ، وكذلك في هذين الوقتين ؛ لأنه لا يبعد من الأولياء ، فكرامة الأولياء حق .

لأنا نقول : إن الولي لا يجحد ما قد فعله ، حتى يقام البينة عليه ، فلا يمكن تصوير المسألة فيه ؛ ولأن الأحكام إنما تبنى على ما عليه قدرة الناس باعتبار العادة ، فأما لا يبنى على ما يتصور من أقدار الله تعالى ، ألا ترى أن من حلف وقال : والله لأمسّن السماء ، فإنه يحنث في الحال لمكان العجز الثابت للحال باعتبار العادة ، ولا يعتبر ما يتصور من إقدار الله إياه ، فكذا هذا ، والاستحالة عادة ثابتة هنا ، وباعتبارها تعذر القضاء بالبينتين على ما ذكرنا ، فبطلتا .

ولو شهد شاهدان أنه قال : إن مت من مرضي هذا فأنت حر ، وأنه مات من ذلك المرض ، وشهد آخران أنه قال : إن برأت من ذلك المرض ففلان آخر حر .

وقد ذكرنا هذه المسألة ثم أعدناها لزيادة تفريع لم نذكرها ثمة ، وهو أن الورثة إذا قالوا : برئ من ذلك المرض ، عتق العبد المقر له من جميع المال ، وعتق العبد المشهود له من ثلث ماله ؛ لأنهم أقروا بعتق ذلك العبد في حالة الصحة من المولى ، والعتق في صحته ينفذ من جميع ماله ، والشهود إنما شهدوا بعتق هذا العبد عند موته ، وأنه لا ينفذ إلا من الثلث ؛ لأنه عتق بجهة التدبير ، فإن لم يكن للميت مال غير العبدين ، وقيمة العبدين على السواء ، سعى المعتق في المرض في ثلث قيمته ؛ لأن يجعل في حقه كأن الورثة أعتقوا ذلك العبد بعد موته ، وإذا جعل في حقه كأن مال الميت هذان العبدان ، وإن ذلك العبد لم يعتق من جهة الميت ؛ لأنه لا يعمل إقرار الورثة في حقه ، فصار في حقه ، كأن الورثة أعتقوا ذلك العبد بعد موته ، وإذا جعل في حقه كأن مال الميت هذا العبدان ، ووجب اعتبار عتقه من الثلث وقيمتهما على السواء ، كان ثلث ماله ثلثا رقبة لا محالة ، فيعتق مجانًا ، ويسعى فيما سواه ، وهو الثلث .

فإن قالت الورثة : مات من مرضه قبل أن يبرأ ، فإنه يعتق هذا العبد من ثلث مال الميت بعد عتق الآخر ، وعتق الآخر بشهادة الشهود من جميع المال ؛ لأنه عتق المشهود بعتقه بالبرء من المرض بالبينة ؛ لخلوها عن المعارضة ، فإن البينة الأخرى ، لم تقبل لانعدام شرط قبولها ، وهو الإنكار والعتق في الصحة ، ينفذ من جميع المال ، وإنما عتق

الآخر بإقرار الوارث، وقد أقروا بعتقه في المرض، فيكون من ثلث مال الميت، وقد خرج العبد الأول من أن يكون مال الميت، حيث قضى بعتقه في الصحة، فيعتبر ثلث مال الميت مما سواه لنفاذ العتق فيه، حتى إن العبد المقر له بعتق ثلثه مجانًا، ويسعى في ثلثي قيمته.

١٥٢٠٣- قال: ولو أقام رجل البينة أن هذا الرجل قتل أباه منذ عشرين سنة، وأقامت المرأة البينة أنه تزوجها منذ خمس عشرة سنة، وأن هؤلاء وله منها، استحسن أبو حنيفة في هذا إن أجاز بينة المرأة، وأثبت النسب، وأبطل بينة الابن على القتل، والقياس أن يقضى ببينة القتل، وقد مرّ هذا من قبل.

وجه الاستحسان: إن الحكم بثبوت النسب، لا يتصور نقضه، فإنه بعد ما حكم لا يبطل حكمه بالإبراء وغيره، ولا يعمل فيه التكذيب، بخلاف القتل، فإن حكمه يبطل بالعفو، وما أشبهه، وكذلك بتكذيب الولي ينتقض الحكم.

وإذا ثبت هذا فنقول: النسب قد ثبت بنفس هذه الشهادة؛ لأنه ثبت بالشهرة عند الناس، ولا تفتقر شهرته عند الناس إلى قضاء القاضي، حتى حل لهم الشهادة بنسبه بمجرد السماع، فلو قبلنا بينة القتل لنقضنا النسب بعد ثبوته، وأنه لايجوز، فلهذا لم تقبل بينة القتل، بخلاف ما لو لم يقم بينة على الولد؛ لأن النكاح مما يحتمل القطع بالطلاق وغيره، فإذا أمكن نقض، وقد قامت الحجة على انتقاض النكاح، وهو بينة القتل في وقت قبل وقت النكاح، قضى ببينة القتل، وبطلت بينة النكاح لهذا -والله أعلم-.

الفصل الثامن عشر
فى ترجيح إحدى البينتين على الأخرى والعمل بالبينتين المتضادتين

١٥٢٠٤- بشر عن أبى يوسف : رجلان شهدا على رجل أنه وكّل فلانًا ببيع هذا الشىء، وشهد آخران على الوكيل ببيعه، وقتوا أو لم يوقتوا، فالبيع باطل، إلا أن يوقت بينة البيع وقتًا بعد وقت الوكالة.

١٥٢٠٥- ولو أن الموكل أخرج الوكيل من الوكالة وهو حاضر بشهادة شهود، وشهد شاهدان عليه بالبيع، وقد وقتت بينة العزل وبينة البيع أو لم يوقتوا، فالإخراج من الوكالة أولى فى جميع ذلك، والبيع باطل إلا أن يكون وقت البيع قبل وقت الإخراج من الوكالة، وكذلك هذا فى التوكيل بالطلاق والعتاق، وهذا كله قياس الشهادة على البراءة والشهادة على الدين، فإن الشهادة على الإبراء أولى ما لم يوقتا للدين وقتًا بعد البراءة.

١٥٢٠٦- ولو شهد شاهدان على النكاح، وشاهدان على الطلاق، فالطلاق لازم للزوج؛ لأنه إقرار من الزوج بالنكاح إلا أن يوقتوا للطلاق وقتًا قبل النكاح، فلايجوز الطلاق، وكذلك العتاق فى هذا مثل الطلاق ما خلا خصلة واحدة أن يكون بإقرار من المشترى بحرية الأصل[1]، فهذا يعتق، وإن كان قبل الشراء.

١٥٢٠٧- رجل مات فشهد شاهدان أن هذا كان أعتق عبده، أو شهدا أنه كان طلق امرأته ثلاثًا، ولا ندرى أنه كان ذلك فى صحة أو مرض، وقد وقّتوا أو لم يوقتوا، فهذا على المرض فى جميع ذلك حتى يشهدوا أنه كان فى الصحة.

شهد شاهدان على وكالة فى بيع، وشهدا على البيع، وأغفل القاضى أن يسألهما أبعد الوكالة كان البيع أو قبلها، حتى مات الشاهدان، أو شهدا على الوكالة بطلاق أو عتاق، وأشهدا بالعتاق والطلاق، وماتا قبل السؤال، فهذا والباب الأول سواء فى

(١) وفى "ف": بإعتاق الأصل.

القياس، لكنى أستحسن فيها أن أجيز الطلاق والعتاق والبيع .

ولو شهدا أنه جعل أمر امرأته بيدها، فطلقت نفسها، وأغفل القاضى أن يسألهما فى ذلك المجلس أو بعد ما قامت عن المجلس، فإن هذا لا تجوز الطلاق فيه، ولا يشبه الوكالة .

١٥٢٠٨- ابن سماعة عن أبى يوسف : امرأة ادعت بعد وفاة زوجها مهر ألف درهم، وذلك مهر مثلها، وقالت الورثة : نحن علمنا بأن أبانا تزوجها، ولا ندرى ما فرض لها، وحلفوا بالله لا يعلمون مهرها، فإنى أجعل لها أقل الصداق عشرة دراهم، وهذه الرواية تشهد لما قاله بعض مشايخنا من تفسير المستنكر جدّا على قول أبى يوسف : إن المراد من أن يدعى الزوج أو ورثته أقل من عشرة دراهم .

١٥٢٠٩- ابن سماعة عن أبى يوسف : رجل ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار، فكانت الألف بصك، وقد كتب عليه، وكتب أنه لا شيء عليه غيرها، وكانت المائة الدينار بصك قد كتب عليه، وكتب أنه لا شيء عليه غيرها، والوقت واحد، أو لا وقت فيهما، فالمال كله لازم، ألا ترى أنه لو قال : لى عليه ألف درهم، ولا مال عليه غير ذلك، ولى عليه مائة دينار، ولا مال عليه غير ذلك، وجاء على ذلك ببينة أن أقبل البينة، وألزمه المال، كذا ههنا .

وذكر المعلى قال : سألت محمدًا عن رجل ادّعى على رجل ألف درهم فى صك ومائة دينار فى صك، وفى كل واحد من الصكين وهو جميع مالى عليه، وأقام بينة على كل واحد من الصكين، قال : عليه أحد المالين، ويعطيه أيهما شاء، وروى هشام عنه : أنه لا يلزمه شيء من ذلك -والله أعلم- .

الفصل التاسع
عشر فى شاهد الزور

١٥٢١٠- اتفق العلماء على أن شاهد الزور يعزر ؛ لأنه ارتكب كبيرة ، قال عليه السلام : «عدلت شاهد الزور بالشرك بالله ثم قرأ قوله تعالى ﴿فَاجتَنِبُوا الرجسَ مِنَ الأوثَانِ وَاجتَنِبُوا قَولَ الزّورِ﴾[1]» ، وليس فيها حد مقدر شرعًا ، فهذا ظاهر ، فكل من ارتكب كبيرة ليس فيها حد مقدّر ، يعزر ، غير أن أصحابنا اختلفوا فى تعزيره ، قال أبو حنيفة فى المشهود : يُطاف به ويشهر ولا يضرب ، فإن كان سوقيّا يبعث به القاضى إلى أهل سوقه وقت الضحوة أجمع ما كانوا ، وإن لم يكن سوقيّا ، يبعث القاضى إلى أهل محلته ، ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور ، فاحذروه وحذّروه الناس .

وقال أبو يوسف ومحمد : يعزّر بالضرب ، ولا يبلغ به أربعين سوطًا ، ثم رجع أبو يوسف ، وقال : يبلغ خمسة وسبعين .

حجتهما فى ذلك أنا أجمعنا على أن التعزير فى سائر المعاصى بالضرب ، فكذلك ههنا ، وأبو حنيفة يقول : إنما أقدم على الشهادة ليحصل له ماء الوجه عند الناس ، وبالتشهر يذهب ماء وجهه عند الناس ، فكان هذا تعزيرا إيفاء جريمته ، فكان أولى .

وروى أبو يوسف ومحمد عن أبى حنيفة : أنه يضرب ثم يطاف به ، ويشهر ، وهل يشهر على قولهما بعد الضرب ، ظاهر ما ذكر صاحب الأقضية يشير إلى أنه لايشهر ، وذكر الخصاف فى كتابه : أنه يشهر على قولهما بعد الضرب أيضًا ، والكلام فى مقدار الضرب فى التعزير عُرف فى كتاب الحدود .

ولا يسخم وجهه ، أى لا يسوّد ، يروى هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعًا ، والذى رُوى عن عمر فى شاهد الزور أنه يسخم وجهه ، فتأويله عند شمس الأئمة السرخسى أنه قال : ذلك بطريق السياسة إذا رأى الإمام المصلحة فيه ، وتأويله عند شيخ الإسلام أنه لم

---

(١) سورة الحج : الآية ٣٠ .

يرد به حقيقة التسويد، إنما أراد التخجيل[١] بالتفضيح والتشهير، فإن الخجل يسمى مسودًّا، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالأنثى ظَلَّ وَجهُه مُسوَدًا وَهُوَ كَظِيمٌ﴾[٢]، وإنما لم يرَ أصحابنا تسخيم وجهه؛ لأن المقصود من تعزيره شيئًان: أحدهما: الامتناع عن شهادة الزور فى المستقبل، والثانى: أن يعرفه الناس أنه شاهد زور، فيحذرون، وإذا سخم لا يعرف، فلايحذرونه، فلايحصل المقصود.

قال صاحب "الأقضية": وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك، فيقول: كذبت فيما شهدت متعمّدًا، أو يشهد بقتل رجل، أو بموته، فيجى المشهود بقتله أو بموته حيّا، فأما من ردت شهادته لتهمة، أو لدفع مضرة على نفسه، أو لجرّ منفعة إلى نفسه، أو لمخالفة، وقعت بين الدعوى والشهادة، أو لمخالفة وقعت بين الشاهدين، فليس بشاهد زور، ثم ذكر فى الشاهدين إذا اختلفا فى الموطن الذى شهدا بالفعل فيه، أو اختلفا فى الفعل نفسه، أو فى الإنشاء والإقرار فى الفعل، قال أبوحنيفة: لا تعزير عليه ولا ضرب؛ لأنه لا يعرف الصادق من الكاذب، ولاتجوز العقوبة مع الاحتمال.

١٥٢١١- وإذا رجع شاهد الزور عن ضيعة[٣]، وتاب هل يقبل شهادته بعد ذلك؟ فلا ذكر لهذه المسألة فى شىء من الكتب، وحكى عن الفقيه أبى بكر محمد ابن أحمد الحجوانى أنه قال: إن كان فاسقًا معلن الفسق، تقبل شهادته بعد ذلك، وإن لم يكن معلن الفسق، لاتقبل شهادته، وفى "الحاوى" عن أبى يوسف: مثل هذا، والمذكور فى "الحاوى" شاهد هو عدل بين الناس ممن تجوز شهادته، فشهد بزور لا تقبل شهادته أبدًا؛ لأنه لا يعرف له توبة، وإن لم يكن عدلا، فشهد بزور، تقبل شهادته - والله أعلم بالصواب-.

---

(١) هكذا فى الأصل وف وم، وكان فى ظ التنجيل.

(٢) سورة الحج: الآية ٥٨.

(٣) هكذا فى م وف، وكان فى الأصل وظ: صنعته.

الفصل العشرون
فى الدعوى إذا خالفت الشهادة

١٥٢١٢- إذا ادعى على آخر مائة أقفزة حنطة بسبب العلم مستجمعًا شرائطه، وشهد الشهود أن المدعى عليه أقر أن له على مائة أقفزة حنطة، ولم يزيدوا على هذا، فقد قيل: لا تقبل شهادتهم؛ لأن الشهود لم يذكروا إقراره بسبب السلم، ودين السلم يخالف سائر الديون حتى لا يجوز الاستبدال بدين السلم قبل القبض، ويجوز الاستبدال بسائر الديون، وقيل: ينبغى أن تقبل شهادتهم؛ لأن هذا اختلاف فى سبب الديون، والاختلاف فى سبب الديون لا يمنع قبول الشهادة، والأول أصح؛ لأن الاختلاف فى سبب الديون، إنما لا يمنع قبول الشهادة إذا لم يختلف الدين باختلاف السبب، ودين السلم مع دين آخر يختلفان.

ولو كانت الدعوى بلفظ: سراى، والشهود شهدوا بلفظ البيت، حكى عن شيخ الإسلام أبى الحسن السعدى أن الشهادة لا تقبل؛ لأنهما غيران، فما شهد به الشهود لم يدخل تحت الدعوى، وقيل: ينبغى أن تقبل فى عرفنا، وهو الأشبه والأظهر؛ لأن فى عرفنا البيت والدار واحد، يقال: خانهٔ فلان، كما يقال: سراى فلان.

١٥٢١٣- وإذا ادعى ملكًا بسبب نحو الشراء من رجل آخر، أو الإرث عن أبيه، أو ما أشبه ذلك، وأقام البينة على الملك المطلق، لا تقبل بينته لوجهين: أحدهما: أن الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعى؛ لأن المدعى ادعى الملك بسبب حادث، والمملوك بسبب حادث يكون حادثًا ضرورة، والشهود شهدوا بملك قديم؛ لأنهم شهدوا بالملك المطلق، والملك المطلق قديم، ولهذا قلنا: إن فى دعوى الملك المطلق يستحق العين بالزوائد المتصلة والمنفصلة جميعًا، ويرجع الباعة بعضهم على البعض، ولا شك أن الملك القديم أكثر من الملك الحادث، والشهود إذا شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعى، لا تقبل شهادتهم؛ لأن المدعى يصير مكذبًا شهوده فى بعض ما شهدوا به، وهو الزيادة على ما ادعى، وتكذيب المدعى شهوده فى بعض ما شهدوا به يمنع قبول

الشهادة .

الوجه الثاني : ما أشار إليه محمد في الكتاب فقال : لما ادعى أنه اشتراها من فلان، وهو يملكها، فقد أقر بالملك لفلان، إما صريحًا، وإما مقتضى الإقدام على الشراء، فإن كل مشترٍ مقر بالملك في المشترى للبائع وقت البيع، ثم يدعى الانتقال إلى نفسه بالشراء، فما لم يثبت الشراء لا يثبت الانتقال إليه، ولم يثبت الشراء هنا؛ لأن الشهود لم يشهدوا به، وهذا إذا ادعى الشراء من رجل معروف .

١٥٢١٤- وأما إذا ادعى الشراء من رجل مجهول، ثم أقام البينة على الملك المطلق، تقبل شهادتهم؛ لأن أكثر ما فيه أنه صار مقرّا بالملك لبائعه، إلا أن هذا الإقرار منه لم يصح؛ لأنه إقرار بالملك للمجهول، والإقرار للمجهول باطل، فصار كأنه لم يقر له بالملك، ولم يدع الشراء منه أصلا، وهناك تقبل منه البينة على الملك المطلق، كذا ههنا، بخلاف ما إذا ادعى الشراء من رجل معروف؛ لأن هناك الإقرار للبائع بالملك قد صح لكونه إقرارًا للمعلوم، ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء، ولم يثبت الشراء، إذ الشهود لم يشهدوا به .

١٥٢١٥- ولو كان المدعى ادعى الملك لنفسه مطلقًا، وشهد الشهود له بالسبب، فالقاضي يقبل شهادتهم، أما على المعنى الأول فلأن الشهود شهدوا بأقل مما ادعاه المدعى؛ لأنهم شهدوا بملك حادث، والمدعى ادعى ملكًا قديمًا، والشاهد إذا شهد بأقل مما ادعاه المدعى، تقبل شهادته .

يوضح الفرق بينهما : إن الملك القديم يجوز أن يصير ملكًا حادثًا؛ لأن المملوك أول من أمس يجوز أن يصير مملوكًا أمس ملكًا حادثًا بسبب حادث، بأن يبيعه ثم يشتريه، فالتوفيق بين الدعوى والشهادة ممكن، فتقبل الشهادة، وأما الملك الحادث لا يجوز أن يصير ملكًا قديمًا؛ لأن المملوك أمس لا يتصور أن يصير مملوكًا أول من أمس، فالتوفيق بين الدعوى والشهادة غير ممكن، فلا تقبل الشهادة .

وأما على المعنى الثاني فلأن ما أقر بالملك لغيره، إنما ادعى الملك لنفسه ملكًا مطلقًا، والشهود شهدوا له بالملك، إلا أنهم زادوا في الشهادة سبب الملك، وزيادة سبب الملك في الشهادة لا يوجب ذلك خللا في الشهادة؛ لأنا نعلم أنه لابد للملك من

سبب، فقد بيّنوا ما هو معلوم من غير شهادتهم، وبيانهم، ولا يوجب ذلك خللا فى شهادتهم.

ثم إذا ادعى الملك مطلقًا، والشهود شهدوا له بالملك بسبب ينبغى للقاضى أن يسأل المدعى: أتدعى الملك لهذا السبب الذى شهد به الشهود، أو تدعيه بسبب آخر؟ إن قال: أدعيه بهذا السبب الذى شهد به، فالقاضى يقبل شهادة شهوده، ويقضى له بالملك بهذا السبب، وإن قال: أدعيه بسبب آخر، أو قال: لا أدعيه بهذا السبب، فالقاضى لا يقبل شهادة شهوده، ولا يقضى له بالملك.

١٥٢١٦- ولو ادعى الشراء مع القبض، وشهد له الشهود بالملك المطلق، ففيه اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا: تقبل الشهادة؛ لأن دعوى الشراء مع القبض ليس دعوى الشراء من حيث المعنى، بل هو دعوى الملك المطلق، ألا ترى أن لو كان هذا الدعوى من جهة البائع، كان دعوى الثمن لا دعوى البيع، حتى يشترط لصحة هذه الدعوى إعلامه، حتى إن من قال لغيره: بعت منك عبدًا بكذا، وسلمت إليك صح دعواه، وإن كان العبد مجهولا فكذا من جانب المشترى يكون دعوى الملك المطلق، ولاما كان دعوى الشراء مع القبض دعوى الملك المطلق، صار كأنه ادعى ملكًا مطلقًا، وشهد له الشهود بذلك.

بعضهم قالوا: لا تقبل الشهادة؛ لأن دعوى الشراء معتبر فى نفسه فى هذه الصورة، ولم يصر بمنزلة دعوى الملك المطلق، ألا ترى أنه لا يقضى للمدعى فى هذه الصورة بالزوائد.

١٥٢١٧- ولو ادعى الملك بالنتاج، وشهد له الشهود بالملك بسبب من جهة صاحب اليد، أو من جهة غيره، لا تقبل الشهادة، بخلاف ما إذا ادعى الملك مطلقًا، وشهد له الشهود بالسبب، حيث تقبل.

والفرق: إن دعوى النتاج على ذى اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته، أو من جهة غيره، إذ لا يتصور التملك بالنتاج من جهة غيره، ألا ترى أنه لايصح أن يقول: هذا ملكى بالنتاج من جهة ذى اليد، أو من جهة فلان، ولما كان هكذا، فإذا شهد له الشهود بالملك بسبب من جهة ذى اليد، فقد شهدوا بما

لم يدخل تحت دعوى المدعى، فلا تقبل شهادتهم، وأما دعوى الملك المطلق على ذى اليد يحتمل دعوى ملك حادث من جهة ذى اليد، أو من غيره[1]، ألا ترى أنه لو قال: هذا الشيء لى بالشراء من ذى اليد، أو من فلان كان صحيحًا، ولهذا ترجح بينة الخارج على بينة ذى اليد، ولما كان هكذا، فإذا شهد له الشهود بالملك بسبب من جهة ذى اليد، فقد شهدوا بما صلح داخلا تحت دعوى المدعى، فلاتثبت المخالفة بين الدعوى والشهادة.

١٥٢١٨- سئل شيخ الإسلام أبو الحسن السعدى: عمن ادعى عينًا فى يد إنسان ملكًا مطلقًا، وشهد له الشهود أنه ملكه بسبب أنه ورثه من أبيه ، قال: لا تقبل الشهادة، فقيل له: إن محمدًا ذكر فى "الأصل"، وفى "الجامع": أن من ادعى ملكًا مطلقًا، وشهد الشهود له بالسبب إن الشهادة مقبولة، قال: هذا هكذا فى موضع صحت الشهادة على السبب، والشهادة على السبب ههنا لم تصح، لأنهم شهدوا بالميراث، ولم يجروا الميراث.

قلت[2]: ولكن هذا ليس بصواب، فإن قولهم: ورثه من أبيه كافٍ لإثبات الملك بسبب الميراث، كقولهم: اشتراه من فلان، وهو معنى جرّ الميراث، فكانت الشهادة على السبب صحيحة، فيجب قبولها.

ولو ادعى دينًا بسبب، نحو القرض وما أشبهه، وشهد له الشهود بالدين المطلق، كان القاضى الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندى يقول: لا تقبل شهادته، كما فى العين إذا ادعى الملك فيه بسبب، وشهد الشهود بالملك مطلقًا، وفى "كتاب الأقضية" مسألتان يدلان على القبول.

١٥٢١٩- وإذا ادعى على امرأة أنها منكوحته، ولم يدع التزوّج، وشهد له الشهود أنه تزوجها، أو ادعى على امرأة أنه تزوجها، وشهد له الشهود أنها منكوحته، قبلت الشهادة؛ لأن النكاح سبب متعين لصيرورة المرأة منكوحة، فكان ذكره وترك ذكره سواء.

---

(١) وفى الأصل: أو من جهة غيره.

(٢) وفى الأصل: قلنا.

١٥٢٢٠ - وإذا ادعى عينًا فى يدى رجل أنه ملكه ، وأن صاحب اليد قبضه منّى بغير حق منذ شهر ، وشهد له الشهود بالقبض مطلقًا ، لا تقبل هذه الشهادة .

واختلفت عبارة المشايخ فى ذلك ، قال بعضهم : لأن شهادتهم على القبض مطلقًا من غير ذكر تاريخ محمولة على الحال ، فالمدعى ادعى الفعل فى زمان ماضٍ ، والشهود شهدوا على الفعل فى الحال ، والفعل فى الزمان الماضى غير الفعل فى الحال ، فهو نظير ما لو ادعى على غيره القتل منذ شهر ، وشهد له الشهود بالقتل فى الحال .

وقال بعضهم : المطلق أقوى وأكثر من المؤرخ ، فالشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعى ، وكذلك إذا ادعى المدعى القبض مطلقًا ، وشهد له الشهود بالقبض منذ سنة ؛ لأنه ادعى الفعل فى الحال ، والشهود شهدوا له بالفعل فى الماضى ، فلا تقبل شهادتهم إلا إذا وفق المدعى ، وقال : أردت بالمطلق القبض من ذلك الوقت الذى شهد به الشهود ، فحينئذٍ تقبل ، وقيل : تقبل الشهادة فى هذا الوجه من غير توفيق المدعى ؛ لأن المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ ، فقد شهد الشهود بأقل مما ادعاه المدعى ، فتقبل .

١٥٢٢١ - وإذا ادعى عينًا فى يد رجل ، وقال : هى لى منذ سنة ، وشهد الشهود أنها منذ عشر سنين ، لا تقبل شهادتهم ، ولو قال : هى لى منذ عشر سنين ، وشهد الشهود أنها له منذ سنة ، تقبل شهادتهم ؛ لأن فى الوجه الأول الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعى ، وفى الوجه الثانى شهدوا بأقل مما ادعاه المدعى .

وإذا ادعى الملك بسبب الشراء منذ سنة ، وشهد الشهود بالشراء من غير ذكر تاريخ ، فقد قيل : لا تقبل ؛ لأن المطلق أقوى من المؤرخ ، وقد قيل : تقبل ؛ لأن الشراء حادث ، فإذا لم يذكر الشهود له تاريخًا ، يحمل على الشراء للحال ، فقد شهدوا بأقل مما ادعاه المدعى .

ولو كان المدعى ادعى الملك بسبب الشراء مطلقًا ، ولم يذكر التاريخ فى الشراء ، والشهود شهدوا بتاريخ سنة ، أو ما أشبه ذلك ، فقد قيل : لا تقبل ؛ لأن دعوى المدعى محمول على الحال إذا لم يذكر للشراء تاريخًا ، وإذا حمل على الحال ، ظهر أن الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعى ، وقد قيل : تقبل ؛ لأن المطلق أقوى من المؤرّخ ، فقد شهدوا بأقل مما ادعاه المدعى ، فتقبل .

١٥٢٢٢- وفي "الجامع الكبير" قال محمد: رجل في يديه عبد، ذكر أنه عبده، ورثه من أبيه، فادعى رجل آخر أنه عبده، وجاء بشاهدين شهدا على إقرار صاحب اليد أنه عبد المدعي، قبلت الشهادة، وقضى بالعبد للمدعي اعتباراً للإقرار الثابت بالبينة؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا.

١٥٢٢٣- وإذا ادعى على رجل خمسمائة، وشهدوا له الشهود بألف درهم، لاتقبل شهادتهم؛ لأنه صار مكذبًا شهوده فيما زاد على الخمسمائة، إلا أن يوفق، فقال: كان له على ألف درهم، كما شهد به الشهود، إلا أنه قضى لي خمسمائة، أو قال: أبرأته عن خمسمائة، ولم يعلم الشهود بذلك، فإذا وفق على هذا الوجه، تقبل الشهادة، ويقضى له بالخمسمائة لزوال التكذيب، ولا يحتاج إلى إقامة البينة على التوفيق؛ لأن التوفيق بدعوى الإبراء والقضاء، وكل ذلك ثبت بإقرار المدعي؛ لأنه إقرار على نفسه، فلا حاجة إلى إقامة البينة عليه.

١٥٢٢٤- وإذا ادعى الغريم على صاحب المال أنه أبرأه أو حلله، وجاء بشهود شهدوا على إقرار صاحب المال بالاستيفاء، فإن القاضي يسأل الغريم عن البراءة والتحليل، أكانت بالإسقاط، أو بالاستيفاء؟ فإن قال: كانت بالاستيفاء، قبلت الشهادة لوجود الموافقة بين الدعوى والشهادة.

وإن قال: كانت بالإسقاط، لا تقبل لتحقق المخالفة، وإن سكت ذكر محمد في "الأصل": أنه لا يجبر على البيان؛ لأن الإنسان لا يجبر على تحصيل حق نفسه، ولكن لاتقبل شهادته ما لم يوفق، فقد رجع في هذه المسألة في البيان إلى المدعي، وفيما إذا ادعى الغريم الإيفاء، وشهد له شاهدان أنه أبرأه، أو حلله، ذكر أنه تقبل شهادتهما، ولم يقل: يرجع في البيان إلى الشاهدين أن البراءة كانت بالإيفاء أو بالإسقاط.

والفرق: إن الشهادة إنما شرعت لتحقيق دعوى المدعي، فإذا وقع الدعوى في شيء معين، وشهدت الشهودة بشهادة محتملة، حملت الشهادة على وجه الموافقة، إذ الظاهر أن الشهود بشهادتهم المحتملة يريدون الجهة التي تكون الشهادة بها مؤكدة للدعوى، دون الجهة الأخرى، فتعينت جهة الموافقة بدلالة الحال، فلا حاجة إلى الرجوع في البيان إلى الشاهد، وأما الدعوى إذا كانت مجملة فالشهود لا يقدرون على

إزالة ذلك الإجمال، فيكون البيان إلى المدعى، فإن بيّن قبل قوله، وما لا فلا.

١٥٢٢٥- قال محمد فى "الجامع الصغير": شاهدان شهدا على رجل بقرض ألف درهم، فشهد أحدهما أنه قضاها، وقال المدعى: لم يقبضها، فالشهادة على القرض جائزة، ويقضى القاضى على المدعى عليه.

وروى الطحاوى عن أصحابنا: أنه لا يقضى القاضى بالقرض؛ لأن الذى شهد بالقضاء لم يشهد بمال واجب، وجه ما ذكر فى "الجامع الصغير" أن القضاء لايتصور إلا بعد سابقة الوجوب، فهما اتفقا على القرض والوجوب، فيثبت القرض والوجوب، ثم تفرد أحدهما بالقضاء، فلم يثبت.

وفى "الأصل": إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم، فشهد أحدهما أنه قضى منها خمسمائة درهم، فأنكر الطالب القبض، فإن شهادتهما بالألف جائزة؛ لاتفاقهما على ذلك، وشهادة الواحد بالقبض لا تقبل لتفرده بذلك.

فإن قيل: أليس أن المدعى لما أنكر القضاء، فقد أكذب أحد شاهديه، فوجب أن لايقضى له بالألف، كما لو شهد له أحد الشاهدين بمائة، والآخر بمائة وخمسين، والمدعى يدعى المائة لم يقض له بشىء؛ لأنه أكذب أحد الشاهدين، فكذا هنا.

قلنا: تكذيب المدعى شهوده إنما وُجد فيما كان مشهودًا عليه؛ لأنه كذب أحدهما فى القبض، وأنه فى القبض مشهود عليه، وتكذيب المشهود عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة؛ لأنه لو منع ما قبلت شهادة فى الدنيا؛ لأن كل مشهود عليه يكذب شهوده.

فإن قيل: تكذيب المشهود عليه إنما لا يمنع قبول الشهادة إذا شهد عليه، ولم يشهد له، والشاهد يقبض خمسمائة، كما شهد عليه يشهد له، فإذا كذبه وفسقه فيما شهد عليه، يجب أن لا تقبل شهادته فيما شهد له؛ لأنه فاسق عنده؛ إلا أن تكذيبه وتفسيقه فيما شهد عليه لم يعمل، فوجب أن يُعمل فيما شهد له.

والجواب: إن التكذيب فيما شهد له لو ثبت إنما يثبت مقتضى التكذيب فيما شهد عليه، وقد كذب شرعًا فى حق التكذيب على ما عليه على معنى أنه لم يعتبر تكذيبه فيما شهد عليه، والمتكلم متى كذب فى كلامه، وسقط اعتبار كلامه التحق اعتبار كلامه بالعدم، وإذا سقط اعتبار هذا التكذيب فى حق ما عليه، فكذا فيما له.

أو نقول بعبارة أخرى : لم يعتبر تكذيبه فيما شهد عليه شرعًا ؛ لأن تكذيب المشهود عليه الشاهد غير معتبر شرعًا ، فلا يعتبر تكذيبه فيما ثبت مقتضاه ، وهو التكذيب فيما شهد له ، ولذا قلنا : لو شهد الشاهدان على رجل لرجل بألف درهم ، ثم شهد للمشهود عليه بمائة دينار ، قبلت شهادتهما ، وإن كذبهما وفسقهما ؛ لأنه صار مكذبًا فى هذا التكذيب شرعًا لما قضى عليه بالدراهم ، كذا ههنا ، بخلاف ما أورد فى المسألة ؛ لأن مدعى المائة صار مكذبًا أحد شاهديه ، ولم يكذب فى هذا التكذيب شرعًا ، فلم يسقط اعتبار تكذيبه ، أما ههنا بخلافه .

وفى آخر شهادات "المنتقى" : شاهدان شهدا أن لهذا على هذا ألف درهم ، قد اقتضى منهما نيابة ، والطالب يقول : لم أقتض منها شيئًا ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف : يقضى بألف ، ويجعل مقضيًا للمائة .

١٥٢٢٦- وفى "العيون" : إذا شهد الرجلان على آخر بألف درهم ، وشهدا أنه قد قضاه خمسمائة ، وقال الطالب : لى عليه ألف درهم ، وما قضى لى شيئًا ، وشهودى صدقوا فى الشهادة على الألف ، وأوهموا فى الشهادة على القضاء ، تقبل شهادتهما إن عدلا ، لو قال : شهادتهما بألف حق ، وبالقضاء باطل وزور ، لاتقبل شهادتهما ؛ لأنه نسبهما إلى الفسق .

ولو شهدا على رجل بألف درهم ، والمدعى يدعى ذلك ، وشهدا أيضًا للمدعى عليه على المدعى بمائة دينار ، والمدعى يُنكر ذلك قبلت شهادتهما ، وفى المسألة التى مرت على سبيل الاستشهاد .

ثم تكذيب المشهود وتفسيقه إياهم قبل القضاء يمنع القضاء ، وتكذيبه وتفسيق إياهم بعد القضاء يوجب بطلان القضاء على ما عليه إشارات "الأصل" و"الجامع" .

وحكى عن القاضى أبى على النسفى : أنه لا يوجب بطلان القضاء ، قال : لأن الفاسق ربما يكون صادقًا ، ولهذا يصلح شاهدًا عندنا ، فعلى اعتبار أنه كان صادقًا ، لا يجوز إبطال القضاء ، وعلى اعتبار أنه لم يكن صادقًا يجوز إبطال القضاء ، فلا يجوز إبطال القضاء بالشك ، ولأجل هذا المعنى ، قلنا : إن التكذيب إذا كان قبل القضاء

بالشك، منع القضاء؛ لأنه كما لا يجوز إبطال القضاء بالشك، لا يجوز القضاء بالشك أيضًا.

نوع آخر:

١٥٢٢٧- وإذا ادعى رجل جارية في يدي رجل، وقال: هذه الجارية كانت لي، وشهد الشهود أنها له، هل تقبل هذه الشهادة؟ لا ذكر لهذه المسألة في الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تقبل؛ لأن هذا الاختلاف لو وقع بين المدعي وبين الشاهدين على العكس، بأن قال المدعي: إنها له، وشهد الشهود أنها كانت له، تقبل الشهادة، فكذا هنا.

وكذا لو وقع بين المدعي والشاهدين، ومنهم من قال: لا تقبل، وهو الأصح؛ لأن دعوى المدعي أنها كانت له إقرار منه دلالة أنه لا ملك له في الحال، إذ لا فائدة للمدعي في الاستناد مع قيام الملك له في الحال سوى نفي الملك في الحال، وهذا لأنه كما يعلم ثبوت ملكه يقينًا يعلم بقاء ملكه يقينًا، فيكون دعواه الملك في الحال، وفيما مضى سواء، فيجعل دعواه الملك فيما مضى نفيًا للملك في الحال حتى يكون الإسناد مفيدًا، بخلاف الشاهد؛ لأن إسناده لا يدل على النفي للحال؛ لأن له فائدة سوى النفي في الحال، وهو أن يشهد بما عاين من سبب الملك بيقين، ولا يشهد ببقاء الملك في الحال؛ لأن بقاء الملك في حقه للحال ثابت باستصحاب الحال؛ لأنه لا يعرف البقاء إلا باستصحاب الحال، والشاهد قد يتحرز عن الشهادة؛ لما ثبت عنده من استصحاب الحال، وعلى قياس ما قالوا: يجب أن لاتقبل الشهادة إذا شهدا أنها كانت للمدعي؛ لأن إسناد المدعي دليل على نفي الملك في الحال، ولو نفى المدعي الملك للحال، وشهد شاهدان أنها كانت له، لاتقبل الشهادة، كذا ههنا.

وإن شهد الشهود [بالملك][1] أن هذا العين كان ملك المدعي، والمدعي يدعي الملك في الحال تقبل شهادتهم؛ لأن بشهادتهم ثبت الملك في زمان الماضي، وما عرف ثبوته في زمان يحكم ببقاءه ما لم يوجد المزيل.

---

(١) هكذا في الأصل فقط.

ولا يقال: بأن شهادة الشهود بالملك في الماضي دليل على نفي الملك في الحال؛ لأنا نقول: هذا ممنوع، وبيان ما ذكرنا أن للشاهد في الإسناد فائدة أخرى سوى نفي الملك في الحال، ذكر المسألة في "الأقضية".

وفي "أدب القاضي" للخصاف في باب دعوة الرجلين: وعلى هذا إذا ادعى المدعي عينًا ملكًا مطلقًا، وشهد الشهود له بسبب الملك بأن شهدوا أن المدعي ورثها من أبيه، ولم يتعرضوا للحال، أو شهدوا أنه اشتراها من فلان وفلان يملكها، ولم يتعرضوا للحال، بأن لم يقولوا: هو ملكه للحال، تقبل الشهادة، ويقضى بالعين للمدعي.

١٥٢٢٨- وكذلك إذا ادعى رجل نكاح امرأة بأن قال: هذه امرأتي، أو قال: هذه منكوحتي، والشهود شهدوا أنه كان تزوجها، ولم يتعرضوا للحال، بأن لم يقولوا: إنها منكوحته في الحال، فالقاضي يقبل الشهادة، ولكن ينبغي للقاضي أن يسأل من الشهود في مسألة الإرث والشراء هل يعلمون أنها خرجت عن ملكه؟

نوع آخر:

١٥٢٢٩- إذا ادعى رجل دارًا في يدي رجل، وجاء بشاهدين شهدا أن هذه الدار كانت في يد هذا المدعي، لا تقبل هذه الشهادة، ولا يقضى للمدعي بشيء في ظاهر الرواية، وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف: أنه تقبل ويقضى.

وجه رواية أبي يوسف أن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاين القاضي هذه الدار في يد المدعي، ثم رآه بعد ذلك في يد المدعى عليه، أو أقر المدعى عليه أن الدار كانت في يد هذا المدعي أمره القاضي بالتسليم إلى المدعي، كذا ههنا.

ولأن الشهود شهدوا بأخذ المدعى الدار من المدعي عليه اقتضاء؛ لأنهم شهدوا أنها كانت في يدي المدعي، وما كان في يد الإنسان لا يصير في يد غيره إلا يأخذ منه[1]، فصار الأخذ من المدعي مشهودًا به اقتضاء، فيعتبر بما كان الأخذ مشهودًا به نصًا، بأن قالوا: هذه الدار كانت في يد المدعي، أخذها هذا منه، وهناك يقضى بالدار للمدعي،

(١) وفي ف: بالأخذ منه.

كذا ههنا .

وجه ظاهر الرواية أن يد المدعى عليه على العين الذى وقع فيه النزاع ثابتة بيقين ، ولم يثبت ببينة المدعى ما يوجب نقضها ، وهو الأخذ من المدعى ، لا بنص الشهادة ، وهذا ظاهر ؛ لأن الشهود لم يشهدوا أن المدعى عليه أخذها من المدعى ، ولم يثبت ذلك أيضًا مقتضى ما شهدوا به من كونها فى يده أمس ؛ لأنه لم يثبت كونها فى يده أمس بهذه الشهادة ؛ لأن المشهود به لا يثبت إلا بقضاء القاضى ، والقاضى لا يمكنه القضاء بكونها فى يد المدعى ؛ لأن كونه فى يده محتمل يحتمل أن يكون بحق ، بأن يكون يد ملك ، ويحتمل أن يكون بغير حق ، بأن كان يد غصب ، فعلى أحد الاحتمالين يجوز القضاء ، وعلى الاحتمال الآخر[1] لا يجوز القضاء ، فلا يجوز القضاء بالشك .

ولأن قبول الشهادة على أمر فى الماضى باعتبار ما عُرف ثبوته فى الحال ، والحكم ببقاءه باعتبار استصحاب الحال ، وذلك فيما لم يتيقن زواله ، وقد تيقن القاضى بزوال اليد ههنا ، وإذا لم يقضِ القاضى بكونها فى يده ، لم يثبت كونها فيه ، وإذا لم يثبت كونها فى يده ، فلا يثبت الأخذ منه ، وقوله : بأن الأخذ مشهود به على حسب ما قررنا .

قلنا : إنما يكون الأخذ مشهودًا به إذا ثبت اليد فيما مضى ، ولم يثبت اليد للمدعى فيما مضى بهذه الشهاد ؛ لأن اليد محتملة ، ولا يجوز القضاء بما هو محتمل على ما مرّ ، وإذا لم يثبت اليد للمدعى بهذه الشهادة كيف ثبت الأخذ منه ، بخلاف ما إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه أنها كانت فى يد المدعى ؛ لأن الإقرار حجة معلومة بنفسه ، لا يتوقف على قضاء القاضى ، فثبت يد المدعى بنفس الإقرار ، فثبت الأخذ من المدعى ، أما البينة لا تصير حجة إلا بالقضاء ، ولا يجوز القضاء[2] باليد فيما مضى مع الاحتمال ، فلا يثبت يد المدعى فيما مضى ، فلا يثبت الأخذ[3] .

أو نقول : إقرار ذى اليد صدق فى حقه من كل وجه غير محتمل بين الصدق والكذب ، فوجب القضاء بالإقرار لا محالة ، وما ثبت بالإقرار ، فهو كالثابت معاينة ،

---

(١) وفى ف : الثانى .

(٢) لفظ لا يجوز موجود فى ظ فقط .

(٣) وفى ف الأخذ منه .

ولو عاين القاضي إقرار المدعى عليه أنها كانت في يده أمس ثبت أخذه من المدعى لا محالة، كذا ههنا.

وبخلاف ما إذا عاين القاضي كونه في يد المدعى أمس؛ لأن كونه في يده أمس هناك ثابت من غير قضاء، ومن ضرورته الأخذ منه، وبخلاف ما إذا شهدوا أنه أخذها من المدعى؛ لأن الأخذ هناك قد ثبت بنص الشهادة، أما هنا بخلافه، وبخلاف ما إذا تنازع رجلان فى دار، كل واحد يدعى أنها له، وفى يديه، وأقاما البينة على أنها كانت فى أيديهما، فإن القاضي يقضي بكون الدار فى أيديهما للحال مع الاحتمال الذى ذكرنا؛ لأن هناك القاضي لا يتيقن بزوال يدهما، بخلاف ما إذا كانت فى يد ثالث، وحقيقة الفقه فى ذلك أن اليد إذا كانت ثابتة للغير بيقين، لايجوز نقضها بحجة محتملة، فإذا كانت الدار فى يد ثالث، فاليد للمدعى عليه ثابتة بيقين، والحاجة إلى نقضها، ويد المدعى فيما مضى محتملة، فلا يجوز نقض يد المدعى عليه الثابتة بيد محتملة للمدعى فيما مضى.

فأما إذا لم يكن الدار فى يد ثالث، فليس فى جعلها فى أيدى المدعيين إبطال يد ثابتة[1] بيقين، فكان القضاء بكونها فى أيديهما، وقد قام لهما نوع دليل أولى من جعلها فى يد الغير، وليس عليه دليل.

١٥٢٣٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: فى أجمة أو غيضة تنازع فيها فريقان، كل فريق يدعى أنها له، وفى يده، فشهد الشهود لأحد الفريقين أنها فى يديه، أو شهدوا لهما أنهما فى أيديهما، فإن لم يسألهم القاضي من تفسير ذلك، ولم يزيدوا عليه، فهو مستقيم، وإن سألهم عن تفسير ذلك، فهو أوثق وأحسن، وهذا لأن اليد على الأجمة إنما يعرف بالدليل، وعسى يرى الشاهد شيئًا يظنه دليلا على اليد، ولا يكون دليلا، فإن سأله ليزول الاشتباه، فهو أحسن، وإن لم يسأله، واكتفى به، فله ذلك؛ لأن السؤال عسى يقضي إلى بطلان الشهادة مع كون الشاهد محقًا، ألا ترى أن الشهود لو شهدوا بالملك المطلق فى العين، أو فى الدين، وقضى القاضي بشهادتهم من غير أن يسألهم عن تفسير ذلك جاز، كذا ههنا.

---

(١) وفى م ثانية.

ثم بيّن ما يعرف به اليد على الغيضة والأجمة، فقال في الغيضة: إذا كانوا يقطعون الأشجار عنها، ويبيعونها، أو ينتفعون بها منفعة يعرف من هذا، أو ما أشبه ذلك، فهذا مما يستدل به على أنها في أيديهم.

وقال في الأجمة: إذا كانوا يأخذون القصب ويقطعونها في الصرف إلى حوائج أنفسهم، أو للبيع، أو ما أشبهه، فهذا يستدل له على أنها في أيديهم، وهذا لأن اليد في عرف لسان الفقهاء القدرة على التصرف من حيث الآلة، واليد التي هي دليل الملك القدرة على التصرفات التي تختص بالملك، يعني به الانتفاع المطلوب من العين من غير منازع، فإذا شاهدنا قدرته على الانتفاع بالعين انتفاعًا، بطلت من ذلك العين، علمنا أن اليد التي هو دليل الملك ثابت في حقه.

إذا ثبت هذا، فنقول: الانتفاع المطلوب من الأجمة والغيضة الحطب والقصب لا الزراعة والسكنى، فإذا شاهدناهم يقطعون الشجر والقصب، ويصرفونه إلى حاجتهم، أو يبيعونها وما أشبه ذلك من غير منازع، علمنا أن اليد الذي هو دليل الملك ثابت في حقهم.

قال محمد: وإذا تنازع الرجلان في دار، وكل واحد منهما يدعي أنها في يده، فأقام أحدهما بينة أنهم رأوا دوابه في هذه الدار[١]، أو غلمانه يدخلونها، ويخرجون منها، فالقاضي لا يقضي باليد للذي شهد له الشهود بما وصفنا، حتى يقولوا: كانوا سكانًا فيها، فإذا قالوا: ذلك، قضيت بأنها في يد صاحب الغلمان والدواب، وهذا لما ذكرنا أن العبرة في هذا الباب للقدرة على الانتفاع بما هو المطلوب من العين والدار لا يتخذ لدخول الغلمان وخروجهم منها، ولربط الدواب[٢] فيها، وإنما اتخذ للسكنى فيها، فما لم يشهدوا بذلك لم يشهدوا باليد عليها.

---

(١) لعله أنهم رأوا ربط دوابه في هذه الدار.

(٢) هكذا في الأصل وف، وكان في م: ولو ربط الدواب وكان في "ظ": أو ربط الدواب.

الفصل الحادى والعشرون
فى الاختلاف الواقع بين الشاهدين

١٥٢٣١- قال محمد فى كتاب الغصب : وإذا ادعى رجل جارية فى يدى رجل، وجاء بشاهدين، شهد أحدهما أنها جارية غصبها منه هذا، وشهد الآخر أنها جاريته، ولم يقل : غصبها منه هذا، قبلت شهادتهما؛ لأنهما شهدا جميعًا بمطلق الملك، إلا أن أحدهما تفرد بزيادة، فما اتفقا عليه يثبت، وما تفرد به أحدهما لايثبت.

وإن شهد أحدهما أنها جاريته، وشهد الآخر أنها كانت جاريته، تقبل هذه الشهادة أيضًا، ويقضى بالجارية للمدعى؛ لأنهما اتفقا على الملك له فى الحال؛ لأن أحدهما شهد أنها له، وهذا اللفظ للحال، والآخر شهد أنها كانت له، وما ثبت للمشهود له من الملك يبقى إلا أن يوجد المزيل، فقد اتفقا على الحال من هذا الوجه، فقبل شهادتهما، وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنها كانت فى يده، وشهد الآخر أنها فى يده، فإنه لا تقبل هذه الشهادة عند أبى حنيفة، وقد شهدا له باليد فى الحال.

١٥٢٣٢- قال محمد فى "الجامع الصغير" : فى الرجل يشهد له الشاهدان على رجل بمال، فشهد أحدهما على ألف، وشهد الآخر على ألف وخمسمائة، والمدعى يدعى الألف، فشهادة الذى شهد بالألف والخمسمائة باطلة.

يجب أن يعلم بأن موافقة الشاهدين فيما شهدا به شرط جواز القضاء بشهادتهما؛ لأن القضاء إنما يجوز بالحجة، والحجة شهادة المثنى، فما لم يتفقا فيما شهدا به، لا توجد الحجة، وهى شهادة المثنى، وبدون الحجة لا يقطع الحكم، وإذا ثبت أن الموافقة شرط كانت المخالفة مانعة القبول، وبعد ذلك نقول : إن كانت المخالفة فى اللفظ والمعنى لا تقبل الشهادة، وإن كانت المخالفة فى اللفظ دون المعنى، تقبل الشهادة، وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة، والآخر على العطية، وهذا لأن نفس اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة، بل المقصود ما تضمنه اللفظ، وهو ما صار اللفظ علمًا عليه، فإذا وجدت الموافقة فى ذلك، لا تضر المخالفة فيما سواه.

جئنا إلى بيان حكم المسألة، فنقول: لا يخلو إما أن يدعى المدعى أقل المالين، وهو ألف درهم، أو أكثرهما، وهو ألف وخمسمائة، فإن ادعى أكثر المالين، تقبل شهادتهما على الألف؛ لأنهما اتفقا على الألف لفظًا ومعنًى، إلا أن أحدهما عطف عليه زيادة، فتقبل شهادتهما على ما اتفقا عليه، وهو الألف، وانتفت الزيادة لتفرد أحد الشاهدين بها.

وإن ادعى أقل المالين، لا يقضى بشهادتهما أصلا؛ لأن المدعى صار مكذبًا أحد شاهديه، وهو الذى شهد بالأكثر، فلم يبقَ له إلا شاهد واحد، فلا يقضى بهذه الشهادة إلا إذا وقف المدعى، فقال: كان لى على هذا المدعى عليه ألف وخمسمائة، كما شهد به هذا الشاهد، إلا أنه قضى لى خمسمائة، ولم يعلم هذا الشاهد به، وإذا وقف على هذا الوجه، يزول التكذيب، ويقضى بشهادتهما.

١٥٢٣٣- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف: رجل ادعى على رجل ألف درهم، وشهد له شاهد بألف درهم، وشهد آخر بألف وخمسمائة، فالقاضى يسأل المدعى أكان لك عليه فى الابتداء ألف وخمسمائة، واستوفيت خمسمائة، أو أبرأته عن خمسمائة، أو لم يكن لك عليه من الابتداء الألف درهم، ويبنى الحكم على قوله.

وعلى هذا إذا شهد أحدهما بمائة، وشهد آخر بمائة وخمسين إن كان المدعى يدعى مائة، لا تقبل الشهادة أصلا، وإن كان يدعى مائة وخمسين، تقبل الشهادة على مائة، وأما إذا شهد أحدهما بألف، والآخر بألفين، أو شهد أحدهما بمائة، والآخر بمائتين، والمدعى يدعى أكثر المالين، لا تقبل الشهادة عند أبى حنيفة أصلا، وعندهما تقبل على الأقل، وهو الألف.

وإذا شهد أحدهما بتطليقة، والآخر بتطليقتين، فهو على هذا الخلاف أيضًا، فوجه قولهما أنهما اتفقا على الأقل؛ لأن الذى شهد بالألفين وبالمائتين وبالتطليقتين شهد بالألف وبالمائة وبالطلقة؛ لأن فى الألفين ألفا، وفى المائتين مائة، وفى الطلقتين طلقة لا محالة، فهو معنى قولنا: اتفقا على الأقل، فتقبل الشهادة على الأقل، كما فى المسائل المتقدمة، وكما فى تطليقة ونصف تطليقة.

ولأبى حنيفة أنهما اختلفا لفظًا ومعنًى، أما لفظًا فظاهر؛ لأن لفظ الألفين غير لفظ

الألف، وكذا لفظ المائتين غير لفظ المائة، وأما معنًى فإنما يراد بالمثنى غير ما يراد بالواحد، وإذا ثبت الاختلاف لفظًا ومعنًى، لا يثبت واحد منهما، إذ ليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، وقوله: بأن الألف في الألفين والمائة في المائتين، قلنا: نعم إذا ثبت الألفان والمائتان، ولم يثبت ههنا؛ لأنه لم يقم عليه إلا شاهد واحد.

ولو شهد أحدهما بخمسة وعشرين، وشهد الآخر بعشرين، والمدعى يدعى خمسة وعشرين، تقبل الشهادة على عشرين، فرق أبو حنيفة بين هذا وبينما إذا شهد أحدهما بخمسة عشر، والآخر بعشرة، والمدعى يدعى خمسة عشر حيث لاتقبل الشهادة عنده أصلا، والفرق أن خمسة عشر اسم واحد، وأنه غير العشرة لفظًا ومعنًى، فلم يتفقا على أقل المالين لفظًا ومعنًى، وأما الخمسة والعشرون اسمان مختلفان، ألا ترى كيف عطف أحدهما على الآخر، والعطف يقتضى المغايرة، فاتفقا على أقل المالين، فجاز أن يقضى بشهادتهما بالأقل.

١٥٢٣٤- وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم، إلا أن أحدهما قال: إنه سود، وقال الآخر: بيض، وللبيض فضل على السود، فإن كان المدعى يدعى السود، لا تقبل شهادتهما أصلا؛ لأنه ادعى أقل المالين، فصار مكذبًا الشاهد الذى شهد بالبيض، فلا تقبل شهادتهما إلا أن يوفق[1] المدعى، فيقول: كان لى عليه بيض، كما شهد به هذا الشاهد، إلا أنى أبرأته عن صفة الجودة، وعلم به ذلك الشاهد، ولم يعلم به هذا الشاهد[2]، فإذا وفق على هذا الوجه، تقبل شهادتهما على السود، لأنه زال التكذيب، وإذا كان[3] يدعى البيض تقبل شهادتهما على السود؛ لأنهما اتفقا على الأقل لفظًا ومعنًى، ولم يصر المدعى مكذبًا أحدهما، فلا بد من قبول شهادتهما على ما اتفقا عليه.

وكذلك هذا الحكم فى جميع المواضع فى الجنس الواحد إذا اتفقا على قدر أو وصف، واختلفا فيما زاد على ذلك، تقبل الشهادة فيما اتفقا عليه إن ادعى المدعى

---

(١) هكذا فى ظ وم والأصل، وكان فى ف: يوافق.

(٢) وفى ف: الشاهد الآخر.

(٣) وفى ف: وإن كان.

أفضلهما، وإن ادعى أقلهما لا تقبل شهادتهما أصلا؛ لما ذكرنا.

فأما إذا اختلف الجنس، لا تقبل شهادتهما إن اختلفا كيفما اختلفا، بأن شهد أحدهما مثلا على كر حنطة، والآخر على كر شعير؛ لأن الشعير غير الحنطة، فلم يتفقا على شيء واحد، إنما على الحنطة شاهد واحد، وعلى الشعير كذلك، ولا يقضى بشاهد انفرد في موضع ما.

١٥٢٣٥- وإذا شهد أحدهما بتطليقة واحدة بائنة، وشهد الآخر بثلاث تطليقات، فهي تطليقة واحدة يملك الرجعة عندهما؛ لأن الشاهدين اتفقا على تطليقة واحدة، فثبت ما اتفقا عليه، ثم اختلفا في صفة هذه الطلقة، شهد شاهد الثلاث بهذه الطلقة خالية عن صفة البينونة؛ لأن صريح الطلاق لا يقبل البينونة للحال، وإذا وجد الثلث البينونة مضاف إلى الطلقة الأخيرة، ولم يقض بالطلقة الأخيرة بعد، والشاهد الآخر شهد بكونها بائنة، فقد شهد بأصل هذه الطلقة، وتفرد أحدهما بصفة البينونة، فلم تثبت صفة البينونة، وصريح الطلاق العاري عن صفة البينونة يكون رجعيًا.

١٥٢٣٦- ولو شهد ثلاثة شهد أحدهم بتطليقة واحدة، وشهد آخر بتطليقتين، وشهد آخر بثلاث تطليقات، وقد دخل بها، فهي طالق ثلاثًا؛ لأن الشاهد بالثلاث والشاهد بالطلقتين اتفقا على الطلقتين، فيقضى بوقوع ما اتفقا عليه، فيقع تطليقتان، بقي الشاهد بالثلاث شاهدًا بتطليقة أخرى، وقد انضم إلى شهادته شهادة الذي شهد أولا بتطليقة، فتقع هذه الطلقة بشهادتهما أيضًا، فيقع ثلاث تطليقات لهذا[1]، وإن لم يقع تطليقتان؛ لأنا لما قضينا بوقوع الطلقتين، فقد بانت منه، فلا يتصور وقوع تطليقة أخرى بعد ذلك، فلهذا قال: يقع تطليقتان.

١٥٢٣٧- [ثم][2] قال في "كتاب الأقضية": وإذا شهد شاهدان على إقرار رجل بدين، أو قتل أو براءة من مال، أو كفالة بمال، أو بنفس أو حوالة، أو ما أشبه ذلك، واختلفا في الساعات والأيام والشهور والسنين والبلدان، فالشهادة مقبولة، ولا يضرهما هذا الاختلاف.

(١) وفي ف: ثلاث تطليقات من هذا الوجه وإن لم يدخل بها.

(٢) زيد من م.

يجب أن يعلم بأن الشاهدين إذا اتفقا على المشهود به، لكنهما اختلفا فى الزمان والمكان، فإن كان المشهود به فعلا، لا تقبل شهادتهما؛ لأن الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى مكان أو زمان آخر، فقد اختلف المشهود به، واختلافهما فى المشهود به يمنع القضاء بشهادتهما.

وإن كان المشهود به قولا، فإن كان قولا يستغنى صحته عن الفعل، نحو الإقرار، وما أشبهه، فإن كان هذا القول مما كان صيغة الإنشاء والإقرار فيه واحدًا، كالبيع والطلاق، فإنه فى الإنشاء يقول: بعت وطلقت، وكذلك فى الإقرار يقول: طلقت وبعت، فإذا اختلفا فى الزمان والمكان فيه، لا يمنع ذلك قبول شهادتهما؛ لأن الإقرار مما يعاد، ويكرر، ويكون الثانى عين الأول، فلم يختلف المشهود به باختلاف المكان والزمان، وكذلك فى البيع والطلاق وأما أشبهه؛ لأن الثانى يكون إقرارًا بما سبق منه من الإنشاء، والمقر به ليس غير الأول، فأمكن القضاء به بشهادتهما.

فأما إذا كان صيغة الإنشاء[1] والإقرار مختلفًا، نحو القذف، فإنه يقول فى إنشاء القذف: يا زانٍ! وفى الإقرار يقول: قذفت فلانًا بالزنا، فإذا اختلف الشاهدان فى الزمان والمكان، لا تقبل شهادتهما عند أبى يوسف ومحمد؛ لما نبين.

وإن كان المشهود به قولا، كان الفعل شرطا لصحته كالنكاح، فإنه قول، ولكن حضور الشاهدين شرط صحته، وأنه فعل، وإذا اختلف الشاهدان فى الأوقات والأماكن فيه، لا يقضى بشهادتهما؛ لأنه لما لم يتصور وجود النكاح الصحيح إلا بوجود الفعل، كان اختلافهما فى الزمان والمكان فيه نظير اختلافهما فى الزمان والمكان فيما إذا كان المشهود به فعلا، واختلفا فى آلة ذلك الفعل، بأن شهدا بالقتل، غير أن أحدهما شهد بالقتل بالعصى، وشهد الآخر بالقتل بالسيف، لا تقبل شهادتهما؛ لأن المشهود به مختلف، فالقتل بالعصى غير القتل بالسيف حقيقةً وحكمًا، واختلافهما فى المشهود به يمنع القضاء بشهادتهما.

وإذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: إذا شهد شاهدان على إقرار رجل بدين، أو قتل أو براءة من مال، أو كفالة بمال أو بنفس أو أمثالها، واختلفا فى الساعات

---

(١) وفى ف: أو به مكان واو.

فى الأيام والشهور والسنين والبلدان، تقبل شهادتهما؛ لأن الإقرار مما يعاد ويكرر، ويكون الثانى عين الأول، فلم يختلف المشهود به، فتقبل شهادتهما.

وكذلك إذا شهدا بالبيع، واختلفا فى الزمان والمكان، قبلت شهادتهما؛ لما ذكرنا، وكذلك إذا شهد أحدهما بالبيع، والآخر على الإقرار بالبيع، تقبل؛ لأن الإقرار والإنشاء فى البيع سواء؛ لأنه يقول فى الإنشاء: بعت، وكذلك فى الإقرار يقول: بعت، فلم يختلف المشهود به، فلا يمنع ذلك صحة الشهادة والقضاء بها.

وفى "المنتقى": إذا شهد شاهدان على الإقرار بالمال، واختلفا فى المكان والأيام، إن على قول أبى حنيفة: الشهادة مقبولة، قال أبو يوسف: ما قال أبو حنيفة: قياس، لكنى أستحسن وأبطل الشهادة بالتهمة لكثرة الشهادات بالزور.

قال فى "كتاب الأقضية": وكذا فى جميع الأقوال التى كانت صيغة الإنشاء والإقرار فيها واحدة، كالهبة والقرض وما أشبهه إذا شهد أحدهما بالإنشاء، والآخر بالإقرار فيه، تقبل شهادتهما؛ لما قلنا.

فإن قيل: أليس أن القرض فعل؛ لأنه إنما يتم بالإقراض، ويجب عليه ضمانه بالقبض، فصار كما لو شهد أحدهما على الفعل، والآخر على الإقرار به، وثمّة لا تقبل؟

قلنا: ليس كذلك، بل القرض قول؛ لأن المستقرض إنما يصير مملوكًا للمستقرض، فيباح له التصرف فيه بالقول، وهو قوله: أقرضت، فإن المقرض وإن سلم إليه الدراهم، وقبض لا يصير مضمونًا عليه، ولا يملك التصرف فيه ما لم يقل: أقرضت، فعرفنا أن الإقراض قول، وصيغة الإنشاء والإقرار فيه سواء؛ لأنه يقول فى الإقرار: استقرضت، كما يقول فى الإنشاء، فلم يكن المشهود به مختلفًا، فلا يمنع قبول الشهادة.

١٥٢٣٨- قال محمد فى كتاب الرهن: وإذا شهد شاهدان على الرهن ومعاينة القبض، واختلفا فى الزمان أو فى المكان، فاعلم بأنه وقع فى بعض نسخ رهن الأصل أن الشهادة مقبولة، ولم يذكر فيه خلافًا، ووقع فى بعض نسخ رهن الأصل أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف: تقبل هذه الشهادة، وعلى قول محمد: لاتقبل.

وذكر فى شهادات "الأصل" : أن هذه الشهادة لا تقبل عند محمد، وهو القياس، وعلى هذا الاختلاف الهبة والصدقة، والقبض فى البيع الفاسد، وإن شهدا على الإقرار بالقبض، واختلفا فى الزمان والمكان، تقبل هذه الشهادة بلا خلاف.

وحجة محمد ظاهر : أن هذه شهادة قامت على الفعل، وهو القبض، واختلاف الشهود فى الزمان والمكان يمنع قبولها قياسًا على القتل والغصب، بخلاف ما إذا شهد على الإقرار بالقبض؛ لأن هناك الشهادة قامت على القول، وهو الإقرار.

ولهما طريقان : أحدهما يخص مسألة الرهن، والثانى يعم المسائل، أما الذى يخص الرهن أن الشهادة قامت على ما يُعاد، ويكرر، فاختلاف الشهود من حيث المكان والزمان لايمنع قبولها قياسًا على ما لو قامت على القول.

بيانه : إن القبض فى باب الرهن مما يعاد ويكرر فى رهن واحد، فإن المرتهن قد يعير الرهن من الراهن، أو يغصب منه الراهن، ويبقى الرهن على حاله، فيعيد المرتهن القبض مرة أخرى، ويكون القبض الثانى عين الأول من حيث الحكم؛ لأنه لا يفيد من الحكم، وهو الضمان إلا ما أوجبه القبض الأول حتى إذا كان بقيمة الرهن وفاء بالدين وقت القبض الأول، ولم يكن بقيمته وفاءً وقت القبض الثانى إذا هلك يهلك بالدين، وكذلك إذا لم يكن بقيمته وفاء وقت القبض الأول، وصار بقيمته وفاء وقت القبض الثانى إذا هلك يعتبر قيمته يوم القبض الأول، فكان كالقول من هذا الوجه، بخلاف القتل؛ فإنه لا يتكرر فى شخص واحد، والغصب إن كان يتكرر إلا أن الثانى غير الأول حقيقةً وحكمًا؛ لأنه يفيد حكمًا آخر غير الأول، ألا ترى أنه لو ازداد قيمته بعد الغصب الأول، فإنه يضمن الزيادة بالغصب الثانى، وههنا بخلافه، ولكن هذه الطريقة لا تخرج عليها الهبة والصدقة، فإن القبض الأول أفاد الملك، والثانى لا يفيد الملك.

والطريقة الثانية : أن القبض وإن كان فعلا من حيث الحقيقة، فهو قول حكمًا؛ لأن القبض فى هذه العقود إنما يفيد حكمه باعتبار العقد المتقدم، فإن العقد المتقدم إن كان هبة أو صدقة، أفاد القبض الملك، وإن كان رهنًا صار مضمونًا بأقل من قيمته، ومن الدين، وإنما تثبت هذه الأحكام بالقبض بسبب العقد المتقدم لولا العقد المتقدم، لصار غاصبًا بهذا القبض، فكان الفعل فى هذه المسائل تبعًا للعقد؛ لأن ما يبتنى على الشىء

يكون تبعًا له، وحكم التبع حكم المتبوع، فيصير فى حكم القول من هذا الوجه، بخلاف القتل والغصب؛ لأن ثبوت حكمهما ما كان باعتبار القول، حتى يجعل فى حكم القول تبعًا للقول.

١٥٢٣٩- قال فى كتاب الطلاق: إذا شهد أحد الشاهدين أنه طلقها يوم الخميس واحدة، وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة واحدة، أو شهد أحدهما أنه طلقها واحدة فى رمضان، وشهد الآخر أنه طلقها فى شوال، تقبل هذه الشهادة؛ لأن الطلاق قول، والقول مما يعاد ويكرر، وصيغة الإنشاء، والإقرار فيه واحد، فيكون الثانى عين الأول، فلم يوجب اختلافهما فى الزمان اختلاف المشهود به، ولا يمنع ذلك قبول شهادتهما.

ولو شهد أحدهما: أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة، وشهد الآخر أنه طلقها فى يوم النحر من ذلك العام بكوفة، لا تقبل شهادتهما، لا لاختلاف المكان، فقد ذكرنا أنه لا يمنع قبول الشهادة فى الطلاق، ولكن لأن القاضى قد تيقن بكذب أحد الفريقين، فإن الشخص الواحد لا يكون بمكة وكوفة فى يوم واحد على مجرى العادة.

ولو شهدا على يومين متفرقين، وبينهما قدر سير الراكب من كوفة إلى مكة، قبلت شهادتهما؛ لجواز أن يكون فى هذين اليومين[1] فى كلا الموضعين، فلم يبقَ إلا اختلاف الشهود فى المكان، وأنه لا يمنع قبول الشهادة فى الأقوال، كما قررنا، وصار هذا كما إذا قال أحدهما: طلقها فى يوم الجمعة فى دار، وقال الآخر: طلقها فى هذا اليوم فى بيته، فإنه تقبل هذه الشهادة؛ لما ذكرنا، كذا هذا.

١٥٢٤٠- قال فى "الأصل": وإذا شهد أحد الشاهدين أنه تزوج فلانة يوم الجمعة، وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الخميس، لا تقبل هذه الشهادة، وكذلك إذا اختلفا فى المكان، أو فى الإنشاء والإقرار؛ لأن النكاح وإن كان قولا، إلا أنه يتضمن فعلا، وهو إحضار الشهود، فكان بمنزلة الفعل من حيث إنه لا صحة له إلا بالفعل، واختلاف الشهود فى المكان والزمان والإنشاء والإقرار فى الأفعال يمنع قبول الشهادة.

وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف: فى شاهدين قال أحدهما: أشهدنى هذا منذ عشرين سنة أنه زوجه أمته هذه، وشهد الآخر أنه أشهدنى منذ أحد عشر سنة أنه

---

(١) وكان فى الأصل: الوقتين.

زوّجه أمته هذه، فالشهادة باطلة، إذ لم يشهد على العقد رجلان، وإن قال: أشهدني منذ عشرين سنة ومعي غيري، وقال الآخر: أشهدني منذ أحد عشر سنة، ومعي غيري، فالشهادة جائزة، وقد ذكرنا في المسألة المتقدمة، وهي مسألة "الأصل": أن الشاهدين إذا اختلفا في النكاح في الأيام، لا تقبل شهادتهما، ولم يفصّل الجواب فيها على هذا التفصيل، وههنا فصل، فإن كان تلك الرواية محمولة على هذا التفصيل، فليس بينهما اختلاف، وإن كان مطلقة من غير تفصيل، كان فيه اختلاف الروايتين.

فوجه هذه الرواية أنه إذا قال كل واحد منهما: ومعنا غيرنا، فقد شهد بنكاح صحيح، فلم يبقَ إلا اختلافهما في الزمان والنكاح قول، واختلاف الشهود في الزمان في الأقوال لا يمنع قبول الشهادة، كما إذا شهدا بالبيع، واختلفا في الزمان، بخلاف ما إذا لم يقولا: كان معناه غيرنا؛ لأنه لما لم يثبت حضرة غيرهما، فقد شهد كل واحد منهما على نكاح لم يحضره إلا واحد، وأنه فاسد، والقاضي لايقضي بالنكاح الفاسد، ولا يسمع البينة عليه، فلهذا لاتقبل شهادتهما.

ووجه رواية "الأصل": أن النكاح إن كان قولا، ولكن شرط صحته العقل، وهو حضرة الشهود، فمنع الاختلاف فيه قبول الشهادة، كما لو شهدا بالفعل كالغصب ونحوه، واختلفا في الزمان، وهذا لأن اختلافهما في الزمان في الفعل إنما متع قبول الشهادة؛ لأنه يوجب اختلاف المشهود به؛ لأن الفعل لا يعاد ولايكرر، فكان الموجود في الزمان الثاني غير الموجود في الزمان الأول، بخلاف القول، فإنه يعاد ويكرر، فكان الموجود في الزمان الثاني غير الأول، فلم يختلف المشهود به، فإذا كان قولا شرط صحته الفعل[1]، ولا وجود له على صفة الصحة بدون ذلك الفعل يصير مختلفًا لاختلاف الفعل ضرورة، واختلاف الزمان يوجب اختلاف الفعل، ويوجب اختلاف هذا القول، فاختلف المشهود به، فلا تقبل شهادتهما.

١٥٢٤١- قال في كتاب الحدود: إذا شهد أحد الشاهدين على القذف، والآخر على الإقرار بالقذف، لا تقبل الشهادة، وهذا بلا خلاف، ولو اتفقا على القذف، واختلفا في الزمان أو المكان، قال أبو حنيفة: تقبل هذه الشهادة، ويقضي على القاذف

---

(١) وكان في ف: للفعل.

بالحد، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تقبل هذه الشهادة.

فوجه قولهما: إن المشهود به إن كان متحداً باعتبار الإعادة والتكرار؛ لأن المشهود به كلام، والكلام مما يعاد ويكرر، ويكون الثانى عين الأول، فهو مختلف من حيث الحقيقة؛ لأن تكلمه بالقذف يوم الجمعة غير تكلّمه بالقذف يوم السبت حقيقة باعتبار الحقيقة تثبت شبهة الغيرية[1] فى المشهود به، والشبهة فى باب الحد كالحقيقة، والدليل على إنه لو شهد أحدهما بالقذف بالعربية، وشهد الآخر بالقذف بالفارسية، لا تقبل هذه الشهادة، وإن اتحد المشهود به من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار؛ لأن الكلام قد يكون بلغتين مختلفتين، ويراد بالثانى عين الأول، إلا أنهما اختلفا من حيث الحقيقة، فثبت شبهة الغيرية باعتبار الحقيقة، والدليل عليه أنه إذا شهد أحدهما بالإقرار، والآخر بالإنشاء، لا تقبل الشهادة، وإن اتحد المشهود به باعتبار المعنى، كذا ههنا.

وأبو حنيفة يقول: بأن فى حد القذف حق الله تعالى وحق العبد، وشبهة الغيرية لا تمنع القضاء بما هو خالص حق الله تعالى من الحدود، فيوفر على الشبهين حظهما، فنقول: متى ثبت الاتحاد فى المشهود به من وجهين، وثبت الشبهة[2] من وجه واحد، فإنه يجب القضاء عملا بحق العبد، ومتى ثبت الشبهة فى المشهود به من وجهين، وثبت الاتحاد من وجه واحد، فإنه لا يجب القضاء عملا بحق الله تعالى، ففيما تنازعا فيه الاتحاد فى المشهود به ثابت من وجهين من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار، وباعتبار اللفظ والصيغة وهو كلمة القذف، فإنه قال فى الوقتين جميعًا: يا زانٍ! وإنما ثبت الشبهة من وجه واحد من حيث الحقيقة، فإن تكلمه يوم الجمعة بهذه الكلمة غير تكلمه بها يوم السبت، وثبوت الشبهة من وجه لا تمنع القضاء؛ لما فيه من حق العبد، فأما فى الفارسية والعربية الشبهة من وجهين: من حيث الحقيقة ومن حيث اللفظ، فتكلمه بالفارسية غير تكلمه بالعربية، وإنما ثبت الاتحاد من وجه واحد، باعتبار الإعادة والتكرار، فترجح جانب الشبهة، فامتنع القضاء بحق الله تعالى؛ لأن معظم الحق فى هذا الحد لله تعالى.

---

(١) وفى الأصل: العينية.

(٢) وكان فى ظ: البينة.

وكذلك فى الإنشا والإقرار الشبهة ثبت من وجهين : من حيث التكلم ، ومن حيث اللفظ ، فإن كلمة الإنشاء فى القذف غير كلمة الإقرار فى الإنشاء ، يقول : زنيت أنت زانٍ ، وفى الإقرار يقول : قذفته بالزنا ، ففيما قاله أبو حنيفة فى حد القذف عمل بالشبهين بحق الله تعالى وحق العبد بقدر الإمكان ، وهما أسقطا اعتبار حق العبد فى باب القذف عند اختلاف الشاهدين فى الشهادة أصلا ، وألحقا بالحدود الخالصة لله تعالى ، ومهما أمكن العمل بالحقين فى الموضع[1] ، لا يجوز تعطيل أحدهما ، فكان ما قاله أبو حنيفة أولى من هذا الوجه .

١٥٢٤٢- وإذا شهد أحد الشاهدين على القتل ، والآخر على إقرار القاتل بالقتل ، لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن القتل فعل ، والإقرار قول ، والقول غير الفعل ، فاختلف المشهود به .

وكذلك لو اتفقا على القتل ، واختلفا فى المكان أو الزمان ، لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن المشهود به قد اختلف ؛ لأن الفعل الثانى غير الفعل الأول حقيقةً وحكمًا ، أما حقيقةً فظاهر ، لأن الأول حركات مضت ، والثانى حركات تحدثها الآن ، وأما حكمًا فلأنه لا يمكن أن يجعل الثانى إخبارًا عن الأول حتى تصير تكرار الأول ، وإعادة له ؛ لأن الإخبار بالفعل عن الفعل لايكون ، فكان الثانى فعلا آخر غير الأول حقيقةً وحكمًا .

وكذلك كل ما يكون من باب الفعل ، نحو الشجة وغير ذلك ، فاختلاف الشهود فى الإنشاء والإقرار ، وفى الزمان أو فى المكان يمنع قبول الشهادة ، وكذلك إذا اختلفا فى الآلة التى كان به القتل ، بأن شهد أحدهما أنه قتله بحجر ، وقال الآخر : قتله بعصى كبير ، أو شهد أحدهما أنه قتله بالعصا ، وقال الآخر : قتله بيده ، لا تقبل الشهادة ؛ لأن المشهود به قد اختلف ؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة ، ولأن القتل الواحد لا يتصور بآلتين ، كما لايتصور فى زمانين أو مكانين .

١٥٢٤٣- وكذلك إذا شهد أحدهما أنه قتله عمدًا ، وشهد الآخر أنه قتله خطأً ، لاتقبل شهادتهما ؛ لأن المشهود به مختلف ؛ لأن العمل غير الخطأ ، وحكمهما مختلف ، وإن قال أحدهما : قتله بالسيف ، وقال الآخر : لا أحفظه ، لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن

---

(١) وفى ف : المواضع .

الذى قال : لاأحفظه أقر على نفسه بالغفلة والنسيان ، وأنه يبطل الشهادة .

١٥٢٤٤- قال محمد فى المأذون فى "الجامع الكبير" : وإذا لحق العبد دين ، فقال المولى : عبدى محجور عليه ، وقال الغرماء : هو مأذون ، فالقول قول المولى ، فإن جاء الغرماء بشاهدين شهد أحدهما أن المولى أذن له فى شراء البُرّ ، وشهد الآخر أنه أذن له فى شراء الطعام ، فشهادتهما جائزة .

وكذلك لو شهد أحدهما : إن المولى قال له : اشتر البُر وبع ، وشهد الآخر أن المولى قال له : اشتر الطعام وبع ، تقبل الشهادة ؛ لأنهما اتفقا على ما يوجب الإذن ، وهو قول المولى : اشتر لى وبع ، واختلفا فيما لا يحتاج إليه لصحة الإذن ، فثبت بشهادتهما ما اتفقا عليه ، يوضحه وهو أن قوله : اشتر البر وبع إذن فى جميع التجارات ، وكذلك قوله : اشتر الطعام وبع إذن فى جميع التجارات ، فكان كل واحد منهما شاهداً بالإذن فى عموم التجارات معنًى ، فثبتت الموافقة بينهما .

ولو شهد أحدهما أنه أذن له فى شراء البُر ، وشهد الآخر أنه رآه يبيع ويشترى ، فسكت ، لا تقبل شهادتهما ، ولا يثبت الإذن ؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين ، شهد أحدهما على القول ، وشهد الآخر على الفعل .

ولو شهد أحدهما أن المولى رآه يشترى البر ويبيع ، ولم ينهَه عن ذلك ، وشهد الآخر أنه رآه يشترى الطعام ، فلم ينهَه عن ذلك ، لا تقبل الشهادة ، واختلف عبارة المشايخ فى تخريج المسألة ، فعبارة بعضهم أن كل واحد منهما شهد بفعل غير الفعل الذى شهد به صاحبه ، ولم يثبت شهادة كل واحد منهما ؛ لانعدام الحجة ، فلا يثبت الإذن ، بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه أذن له فى شراء البُرّ ، وشهد الآخر أنه أذن له فى شراء الطعام ؛ لأن هناك اتفقا على شىء واحد ، وهو قول المولى : اشتر وبع .

وعبارة بعضهم : إن الإذن هنا إنما ثبت بالرؤية ، وترك النهى والرؤية لايتحقق بدون المرئ ، ولم يكن إثبات المرئ هنا ؛ لأن المرئ شراء البر ، وشراء الطعام ، وليس على كل واحد من الشرائين إلا شاهد واحد ، وإذا لم يمكن إثبات المرئ ، وهو الشراء ، لم يثبت الإذن ، بخلاف تلك المسألة ؛ لأن هناك الإذن يثبت بقول المولى : أذنت له ، أو بقوله : اشتر أو بع ، وقد أمكن إثبات ذلك ؛ لأن الشاهدين اتفقا عليه .

١٥٢٤٥- قال في كتاب السرقة : وإذا شهد شاهدان على رجل بسرقة بقرة، واختلفا في لونها، قال أحدهما : هي بيضاء، وقال الآخر : هي سوداء، قال أبو حنيفة : تقبل شهادتهما، وقال أبو يوسف ومحمد : لا تقبل شهادتهما، وذكر الكرخي في كتابه : هذا الاختلاف في لونين يتشابهان، كالحمرة والصفرة، وفي لونين لايتشابهان ذكر أن الشهادة لا تقبل إجماعًا، والأصح أن الخلاف في الكل واحد.

فوجه قولهما : إن المشهود به قد اختلف من حيث الحقيقة على وجه لا يمكن التوفيق، فلا تقبل الشهادة، كما لو شهد أحدهما أنه سرق بقرة، وشهد الآخر أنه سرق ثورا، أو شهد أحدهما أنه سرق بقرة، وشهد الآخر أنه سرق حمارًا، والدليل عليه : إنهما إذا شهدا بالغصب، واختلفا في لون البقرة، فإنه لا تقبل الشهادة مع أن الدعوى هناك في الضمان، والضمان لا يندرئ، فلأن لا تقبل الشهادة على السرقة، وقد تعلق بها ما يندرئ بالشبهات أولى.

وأبو حنيفة يقول : اختلفا فيما لم يكلفا نقله؛ لأن بيان لون البقرة هنا ليس من صُلب الشهادة، حتى لو سكتا عن بيانه، فالقاضي لا يكلفهما ذلك، ويقضي بشهادتهما، والتوفيق ممكن ههنا، بأن كان أحد شقيها بيضاء، والآخر سوداء، قلنا : الاختلاف فيما لم يكلف الشاهد نقله إذا أمكن التوفيق، لا يمنع قبول الشهادة.

فإن قيل : التوفيق على هذا الوجه غير ممكن؛ لأن تلك البقرة تسمى بلقاء، ولا تسمى سوداء ولا بيضاء.

قلنا : تلك البقرة إنما تسمى بلقاء في حق من يعرف كلا اللونين، أما في حق من لم يعرف الأقيم لون واحد، فهو على ذلك اللون عنده، ويسميها بذلك اللون، وشهود السرقة لا يمكنهم أن يقربوا من السارق؛ يتأملوا كل جانب من البقرة إنما ينظرون من بعيد، فلا يمكنهم الوقوف على قيام اللونين، بخلاف الغصب؛ لأن الغصب يقع جهارًا، فيتمكن الشاهد من أن يقرب من الغاصب، فيتأمل جميع ألوان المغصوب، فلا يشتغل بالتوفيق في حقه.

وبخلاف ما إذا اختلفا في البقرة والحمار؛ لأن ذلك اختلاف فيما كلفا[1] نقله،

---

(١) هكذا في ظ وف، وفي الأصل : كلف وفي م : في كل ما يقل، وبخلاف الاختلاف.

وبخلاف الاختلاف فى صفة الذكورة والأنوثة ؛ لأن التوفيق هناك غير ممكن ؛ لأن الحيوان لايجتمع فيه صفة الذكورة والأنوثة وشيء من صفات العين لايدل على ذلك حتى يصح الاستدلال عليه من بعيد، فلا يحل له البيان، فالاشتغال بالبيان يدل على أنه قرب من البقرة، وعند القرب لا يقع الاشتباه، فلايشتغل بالتوفيق.

فإن قيل : الاشتغال بالتوفيق بين كلام الشاهدين احتيال لإيجاب الحد، وهو القطع والحد مما يحتال لدرئه.

قلنا : الشهادة حجة من حجج الشرع، والأصل فى حجج الشرع قبولها لا درءها، فالاشتغال بالتوفيق لصيانة الحجة عن الإبطال لا لإيجاب الحد.

ثم إذا وفقنا، وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا، ولو شهدا على رجل بسرقة ثوب، وقال أحدهما : إنه هروى، وقال الآخر : إنه مروى، ففيه اختلاف النسخ، ففى نسخ أبى سليمان ذكر هذه المسألة على الخلاف الذى ذكرنا فى البقرة.

وفى نسخ أبى حفص ذكر : أن الشهادة لا تقبل عندهم، فأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين المسألتين على ما ذكر فى نسخ أبى حفص، والفرق وهو أن الهروى والمروى جنسان مختلفان، والشهود كلفوا نقل بيان الجنس، فقد اختلفوا فيما كلفوا نقله، فلا تقبل شهادتهم، فأما لم يكلفوا نقل لون البقرة، فذلك اختلاف فيما لم يكلفوا نقله.

١٥٢٤٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : إذا شهد شاهد على رجل أنه أقر أن لهذا المدعى عليه ألف درهم من قرض، وشهد الآخر أنه أقر أن هذا المدعى أودعه ألف درهم، قال : هذا جائز، ومعنى المسألة أن المدعى يدعى عليه ألف درهم دينًا مطلقًا من غير أن يتعرض لسبب، فأما إذا ادعى أحد السببين، فقد كذب أحد شاهديه، فلا تقبل شهادتهما.

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا لم يشهد الشهود على إقراره، ولكن شهد أحدهما أن لهذا المدعى عليه ألف درهم من قرض، وشهد الآخر أن لهذا المدعى عنده ألف درهم وديعة، أنه لا تقبل شهادتهما.

ووجه الفرق : إن الشهادة على الإقرار إذا قبلت صار المشهود كالمعاين، فصار كأنه أقر، ثم فى الإقرار الاختلاف فى السبب لا يمنع وجوب المال، حتى إذا قال المقر :

إن له على ألف درهم من قـرض، وقـال الطالب : لا، بل ثمن بيع، لا يكون هذا الاختلاف مانعا من وجوب المال، ولم يكن ذلك تكذيبًا للمقر، فأما اختلاف السبب فى الشهادة مانع قبول الشهادة.

والفرق : إن الشهادة لا تكون ملزمة بنفسها، فلا تكون حجة إلا عند اتصال القضاء بها، ولا بد للقضاء بالمال من سبب؛ لأن الحكم لا يمكن إثباته إلا بسبب، ومع اختلافهما فى السبب لا يمكن القضاء به، فأما الإقرار حجة ملزمة، فلا حاجة فيه إلى إثبات السبب، إنما الحاجة إلى إثبات الحكم، وقد ثبت الحكم بشهادتهما على الإقرار به، فحصل المقصود، فلايلتفت إلى السبب بعد ذلك، ألا ترى أن أحدهما لو شهد أن الكساء عليه للمدعى، اغتصبه منه، وشهد الآخر أنه أقر أنه أودعه إياه، والمدعى عليه يجحد أن الكساء للمدعى يقضى به للمدعى؛ لأن المقصود إثبات ملك الكساء، وقد ثبت ذلك بشهادتهما، واختلافهما فيما سوى ذلك لا يضره.

١٥٢٤٧- قال فى كتاب الإجارات : رجل ادعى على رجل أنه آجر عبده، وجحد رب العبد، فأقام المستأجر شاهدين شهد أحدهما أنه استأجره بخمسة، وهو يدعى أربعة أو خمسة، وشهد الآخر أنه استأجره بستة، فالشهادة باطلة؛ لأن حاجتهما إلى إثبات عقد الإجارة، وعقد الإجارة بخمسة غير عقد الإجارة بستة؛ لأن الأجرة بدل المنفعة، كالثمن فى البياعات، فكما أن البيع يختلف باختلاف الثمن، فكذلك الإجارة تختلف باختلاف الأجر، فاختلف المشهود به، وقد بينا أن الاختلاف فى المشهود به يمنع قبول الشهادة.

١٥٢٤٨- فإذاادعى المستأجر أنه تكارى دابته إلى بغداد بعشرة ليركبها، ويحمل عليها، وأقام شاهدين شهد أحدهما أنه تكاراها ليركبها بعشرة، وشهد الآخر أنه تكاراها ليركبها، ويحمل عليها هذا المتاع المعروف بعشرة، فالشهادة باطلة؛ لأن فى شهادة أحدهما أن العشرة جميع بدل منفعة الركوب، وفى شهادة الآخر أن بعض العشرة بمقابلة منفعة الركوب؛ لأنه قابل العشرة بالركرب، وحمل المتاع، فتوزع عليهما، فاختلف شهادتهما فى أجر الركوب، وقد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين فى الأجر يمنع قبول شهادتهما.

ولو شهد أحدهما أنه تكارى دابة بعينها بأجر مسمى إلى بغداد، وشهد الآخر أنه تكاراها ليحمل عليها حمولة معروفة إلى بغداد بعشرة دراهم، لا تقبل هذه الشهادة، سواء ادعاها المستأجر أو رب الدابة؛ لأنه إذا لم يبين أحد الشاهدين أنه يركبها أو يحمل عليها، كانت هذه شهادة بإجارة فاسدة؛ لأنه لم يبين جنس المعقود على، فمنفعة الركوب غير منفعة الحمل، والضرر الذى يلحق الدابة يختلف، وجهالة المعقود عليه توجب فساد الإجارة.

وكذلك إذا شهد أحدهما أنه تكاراها ليركبها، وشهد الآخر أنه تكاراها ليحمل عليها؛ لأنهما اختلفا فى المعقود عليه، والاختلاف فى المعقود عليه يوجب اختلافًا فى العقد، فيكون هذا اختلافًا فى المشهود به.

١٥٢٤٩- ولو ادعى أنه سلّم ثوبًا إلى صبّاغ، والصبّاغ يجحد، وجاء بشاهدين شهد أحدهما أنه دفعه ليصبغه أحمر، وشهد الآخر أنه دفعه ليصبغه أصفر، فالشهادة باطلة؛ لأنه اختلف المعقود عليه باختلاف الصبغ، واختلاف المعقود عليه توجب اختلاف العقد، فاختلف المشهود به.

وكذلك إذا جحد رب الثوب، وادعاه الصباغ؛ لأنه لما اختلف المشهود به، لابد وأن يدعى أحدهما، وعند ذلك يصير مكذبًا شاهده الآخر[1]، فلا تقبل شهادة ذلك الشاهد للتكذيب، ولا يمكن القضاء بشهادة الفرد، فلا يقضى بهما.

١٥٢٥٠- قال فى كتاب الرهن: رجل ادعى رهنًا، فشهد له شاهدان، شهد أحدهما أنه رهنه بمائة، وشهد الآخر أنه رهنه بمائتين، لا تقبل شهادتهما عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف، ومحمد تقبل شهادتهما، فقد جعل حكم الاختلاف فى الرهن حكم الاختلاف فى الدين.

١٥٢٥١- فرق بين الرهن والبيع، فإنه إذا شهد أحد الشاهدين على البيع بمائة، وشهد الآخر على البيع بمائتين، لا تقبل الشهادة بالاتفاق؛ لأن البيع يختلف باختلاف الثمن، ولم يجعل الرهن مختلفًا باختلاف الدين، بل جعله اختلافًا فى نفس الدين، وإنما كان كذلك؛ لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء بقدر الدين، فكان هذا الاختلاف

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل: مكذبًا هذا لآخر وفى م: هذا للآخر.

فى قدر الدين ، وفى مقدار ما صار مستوفيًا من الدين بالرهن ، فيكون على هذا الاختلاف الذى ذكر ، ولا كذلك فصل البيع .

وإن شهد أحدهما بكر حنطة ، والآخر بكر شعير ، فشهادتهما باطلة ؛ لأن المشهود به مختلف ، وإن شهد أحدهما أنه رهنه بمائة ، والآخر بمائة وخمسين ، فإن ادعى المرتهن أقلهما ، لا تقبل الشهادة بالاتفاق .

وإن ادعى أكثرهما ، قبلت شهادتهما على مائة ؛ لاتفاق الشاهدين على المائة ، وكان العين رهنًا بمائة ، وإن كان قيمة الرهن مائة وخمسين ، فقال المرتهن : بعد ما شهد الشاهدان على نحو ما بينا من اختلافهما لى عليه مائة وخمسون ، وهذا رهن بمائة ، فالقول قول المرتهن ؛ لأنه ينكر ثبوت يد الاستيفاء فيما زاد على المائة ، فإن أقام الراهن بينة أنه رهنه بمائة وخمسين ، وأقام المرتهن بينة أنه رهن بمائة ، فالبينة بينة الراهن ؛ لأنها تثبت زيادة فى الاستيفاء ، وإن اختلفا فى قيمة الرهن بعد ما هلك كله أو بعضه ، فالقول قول المرتهن فى قيمة الهالك مع يمينه ، والبينة بينة الراهن .

١٥٢٥٢- قال فى كتاب الحوالة : إذا شهد الرجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لفلان عن فلان ، فقال أحدهما إلى شهر كذا ، وقال الآخر : حالة ، وادعى الطالب الحلول ، وجحد الكفيل ذلك كله ، أو أقر بالكفالة ، وادعى الأجل ، فالمال حال فى الوجهين ، أما إذا أقر بالكفالة ، وادعى الأجل ، فلأن الأصل فى المال الحلول ، والأجل عارض ، وليس عليه إلا شاهد واحد ، وأما إذا جحد الكفيل ذلك كله ، فإن الشاهدين اتفقا على الألف ، وتفرد أحدهما بالأجل ، فثبت ما اتفقا عليه ، ولايثبت ما تفرد به أحدهما .

١٥٢٥٣- وفى كتاب الحوالة أيضًا : إذا أقام شاهدًا واحدًا أن فلانًا أحاله على هذا بألف درهم ، وأقام شاهدًا آخر أنه أحاله بمائة دينار ، لا تقبل شهادتهما ، وإن شهد أحدهما بألف درهم ، وشهد الآخر بألف ومائة دينار ، تقبل شهادتهما على الألف ؛ لأنهما اتفقا على الألف لفظًا ومعنًى ، وتفرد أحدهما بزيادة مائة دينار ، وليس هذا نظير البيع ؛ لأن البيع يختلف باختلاف الثمن ، أما حوالة الدراهم لاتختلف بحوالة الدنانير ، لأنفسهما ولا حكمهما ، فكان نظير الاختلاف فى الدين المطلق ، وتأويل المسألة إذا كان

المدعى يدعى الدراهم والدنانير جملة، أما إذا كان يدعى الدراهم وحدها، لا تقبل الشهادة؛ لأنه يصير مكذبًا الذى شهد له بالدنانير.

١٥٢٥٤- وقال فى "أدب القاضى": إذا طلب الشفيع الشفعة، فأقام شاهدين شهد أحدهما أنه اشترى بألف درهم، وشهد الآخر أنه اشترى بألفين، والمشترى يقول: اشتريتها بثلاثة آلاف، لا تقبل شهادتهما؛ لأن عقد الشراء بألف غير عقد الشراء بألفين، وكذلك لو شهد أحدهما بالشراء بألف درهم، وشهد الآخر بمائة دينار، لاتقبل الشهادة.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه اشترى من فلان، وشهد الآخر أنه اشترى من فلان آخر، لا تقبل شهادتهما؛ لأن الشراء من عمرو غير الشراء من زيد، وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد.

١٥٢٥٥- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: إذا شهد شاهد واحد على رجل أنه أقر أنه أخذ هذا العبد من فلان، وشهد آخر أنه أقر أن هذا العبد لفلان، لم يقض للمشهود له بشىء؛ لأنهما اختلفا.

بيانه: إن أحدهما شهد على الإقرار بالأخذ منه، وأنها شهادة على الإقرار بفعله، والآخر إنما شهد بالملك، وهو وصف فى المحل، وهما مختلفان، ولأن أحدهما شهد بالملك له، والآخر لم يشهد بالملك له، وإنما شهد على أنه أخذه منه، فكانت شهادة على قيام يده، وأنها وصلت إليه من جهته، ولو ثبت ذلك يؤمر بالتسليم إليه من غير أن يقضى له بالملك، فلم يتفق الشاهدان لا على الملك، ولا على الأخذ، فلهذا لا يقضى للمشهود له بشىء.

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه أخذه منه، وشهد الآخر أنه أقر أنه أودعه إياه، جازت شهادتهما حتى يؤمر المدعى عليه برد العبد على المدعى؛ لأنهما أجمعا على إقراره أنه أخذه منه، لكن شهد أحدهما على إقراره بأخذ معروف، وشهد الآخر على الإقرار بالوديعة، فوجب القضاء بما اتفقا عليه، وهو الأخذ من المدعى، وإذا ثبت ذلك يؤمر بالرد على المدعى، لكن لا يقضى له بالملك؛ لانعدام الحجة على الملك.

وكذلك لو أن الذى شهد بالوديعة لم يشهد بالوديعة، إنما شهد أنه أقر أنه دفعه إليه

فلان، وفيما إذا شهد أحدهما أنه أقر أنه أخذه منه، وشهد الآخر أنه أقر أنه أودعه إياه نوع إشكال؛ لأن المشهود به في شهادة أحدهما الإقرار بالأخذ من المدعى، والمشهود به في شهادة الآخر الإقرار بالإيداع، والإقرار بالإيداع لا يكون إقراراً بالأخذ منه، ألا ترى أن من قال لغيره: أخذت منك هذا العين وديعة، وقال المقر: لا، بل غصبته منى غصبًا، إن القول قول المقر له، وهو ضامن للعين إن هلك في يده.

١٥٢٥٦- ولو قال: أودعتنى هذا العبد، وقال المقر له: لا، بل غصبته منى، فالقول قول المقر، وما افترقا إلا باعتبار أنه في المسألة الأولى أقر بفعل نفسه، وهو الأخذ منه، وادّعى الإذن، وأنكر المالك الإذن، فلم يثبت الإذن، وبقى إقراره بالأخذ، والأخذ إذا خلا عن الإذن كان سببًا للضمان.

وفي المسألة الثانية لم يقر بفعل نفسه، وهو الأخذ إنما أقر بفعل المالك، وهو الإيداع، فلم يكن مقرًا بسبب وجوب الضمان، فلا يجب عليه الضمان، فكذلك في مسألتنا الذى شهد على الإقرار بالإيداع يكون شاهدًا على الإقرار بفعل المدعى، وهو الإيداع، لا بفعل ذى اليد، والذى شهد على الإقرار بالأخذ شهد على الإقرار بفعل ذى اليد، وهو الأخذ، فلم يتفقوا على شيء، فينبغي أن لا يقضى بشهادتهما، وسيأتى بعد هذا مسألة أخرى، بخلاف ما ذكر ههنا.

وكذلك لو شهد أحدهما أن صاحب اليد أقر أنه اغتصبه من هذا المدعى، وشهد الآخر أنه أقر أن هذا المدعى أودعه إياه، أو شهد الآخر أنه أقر أخذه من هذا المدعى، قبلت شهادتهما، وأمر المدعى عليه بالرد على المدعى؛ لأنهما اتفقا على يد المدعى فيما مضى من الزمان، وعلى وصوله إلى المدعى عليه من جهة المدعى، فيقضى بما اتفقا عليه، وهو وصول العين إلى المدعى عليه من جهة المدعى، وعند ذلك يؤمر بالرد عليه، ولكن لا يقضى بالملك للمدعى؛ لأن الشهود لم يشهدوا له بالملك، وبقى المدعى عليه على حجته في الملك، حتى لو أقام المدعى عليه بعد ذلك بينة أن العين له، قضى القاضى له بالعين؛ لأن المدعى عليه لم يصر مقضيًا عليه بالملك، إنما صار مقضيًا عليه بالأخذ من المدعى، وليس من ضرورة الأخذ منه أن يكون المأخوذ ملكًا للمأخوذ منه.

وذكر في "المنتقى" غير مسألة العبد، ووضعها في الثوب، وذكر أنه إذا شهد أحد

الشاهدين على إقرار صاحب اليد أنه غصبه من المدعى، وشهد الآخر على إقراره أن المدعى أودعه إياه، وزاد ههنا زيادة على ما ذكر فى مسألة العبد، فقال: وقال المدعى: قد أقر بما قالا جميعًا، ولكنه اغتصب منى، قال: قبلت الشهادة، وجعلت الذى فى يدى الثوب مقراً بملكه للمدعى، ولم أقبل منه بعد ذلك بينة على الثوب، يعنى من صاحب اليد، وأنه بخلاف ما ذكر فى مسألة العبد.

ووجه ذلك أن الغصب يقع من الملاك والإيداع يكون من المالك بحكم الغالب، فكان الإقرار بالإيداع، والغصب إقراراً بالملك للمستودع والمغصوب منه من هذا الوجه.

ثم قال: وإذا شهد أحدهما على إقراره أنه اغتصبه من المدعى، وشهد الآخر على إقراره أنه أخذه منه، قضيت به للمدعى، وجعلت المدعى عليه على حجته من قبل أن الإقرار منه بالأخذ ليس بإقرار بالملك.

١٥٢٥٧- ثم قال: ولو شهد أحدهما على إقرار ذى اليد أنه أخذ منه هذا الثوب، وشهد الآخر على إقراره أنه أودعه إياه، وقال المدعى: قد أقر هو بما قالا، لكنى أودعته منه، قال: لا تقبل هذه الشهادة، وعلّل وقال: لأن ههنا لم يجمعا على الإقرار بالملك، ولا على الإقرار بالأخذ؛ لأن الذى شهد بالوديعة ما شهد بالأخذ، وما ذكر من الجواب والتعليل فى مسألة الثوب يخالف ما ذكر من الجواب والتعليل فى مسألة العبد؛ لأن فى مسألة الثوب لم يجعل الإقرار بالإيداع إقراراً بالأخذ، فلم تقبل هذه الشهادة، وفى مسألة العبد جعل الإقرار بالإيداع إقراراً بالأخذ، فقبل الشهادة على الرد، وأمر بالرد على المدعى، فإن كان فى مسألة الثوب روايتان، فوجه الرواية التى قال فيها: لا تقبل هذه الشهادة[1] أن الشهادة على الإقرار بالإيداع ليست بشهادة على الإقرار بالأخذ منه؛ لأن الإيداع يتحقق بدون أخذه على ما مرّ، فلم يقع الاتفاق منهما على شىء، فلا تقبل شهادتهما.

وجه الرواية التى قال فيها: تقبل هذه الشهادة على الرد أن الأخذ بهذه الشهادة، وإن لم يثبت، فقد ثبت وصول العين إلى المدعى عليه من يد المدعى، وهذا القدر كافٍ

(١) وفى م: لأن.

للقضاء بالرد على المدعى .

وإن لم يكن فى المسألة روايتان ، فوجه الفرق بينهما ، وبيان جهة التوفيق أن موضوع مسألة الثوب أن المدعى ادعى الإيداع ، ودعوى الإيداع دعوى فعل نفسه ، وليس فيه دعوى الأخذ على المدعى عليه ، فلا يمكن القضاء بالأخذ على المدعى عليه ، إذ لا دعوى فيه ، وموضوع مسألة العبد أن المدعى ادعى الأخذ على المدعى عليه ، فكان مدعى الفعل عليه ، وليس فى شهادة الإيداع ما ينافيه ، فقد اتفقا على وصول العين إلى المدعى عليه من جهة المدعى ، فيمكن القضاء بها .

توضيحه : إن الشهادة على الإيداع شهادة على وصول العين إلى يده ، فحسب من غير أن يكون منه فعل فى العين يكون ذلك الفعل سببًا لوجوب الضمان عليه ، ومتى ادعى الأخذ فقد ادعى الوصول إلى يده بفعل ذلك الفعل سبب لوجوب الضمان عليه ، فكانت هذه شهادة بأقل مما ادعاه المدعى ، فقبلت ، فأما إذا ادعى الإيداع ، فهو لم يدع على المدعى عليه إلا مجرد وصول العبد إليه من غير أن يدعى عليه فعلا كان سببًا لوجوب الضمان ، فإذا شهد على الإقرار بالأخذ ، والأخذ سبب لوجوب الضمان ، كان هذه الشهادة بأفضل مما ادعاه المدعى ، فلاتقبل .

١٥٢٥٨- ولو شهد شاهد أن صاحب اليد أقر أنه لهذا المدعى ، وشهد الآخر أنه أقر أن المدعى أودعه منه، تقبل هذه الشهادة، وقضى بالعين للمدعى ؛ لما ذكرنا أن الإقرار بالإيداع إقرار بالملك للمودع ، والشاهدان اتفقا على الإقرار بالملك للمدعى ، فتقبل هذه الشهادة .

١٥٢٥٩- ولو أن رجلا ادعى على رجل أنه قتل وليه عمدًا ، وجاء بشاهدين ، شهد أحدهما أنه قتله عمدًا بالسيف ، وشهد الآخر أنه قتله عمدًا بالسكين ، لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأنهما اختلفا فى آلة القتل ، وقد مرت هذه المسألة من قبل ، وإنما أعادها ليذكر الفرق بينه وبينما إذا شهد أحدهما على إقراره أنه قتله عمدًا بالسيف ، وشهد الآخر على إقراره أنه قتله عمدًا بالسكين ، فقال ولى القتيل : إنه أقر بما قالا ، ولكن والله ما قتله إلا بالسيف ، أو قال : صدقا جميعًا ، لكنه والله ما قتله إلا بالرمح ، فهذا كله سواء ، ويقتص من القاتل .

والفرق من وجهين : أحدهما : أن فى تلك المسألة القاضى إنما يقضى بوجوب القصاص إذا ثبت القتل عنده ، ولم يثبت القتل بهذه الشهادة ؛ لأن باختلاف الآلة يختلف القتل ، فلا يقع الاتفاق على واحد ، فلا يمكن القضاء بشهادتهما .

أما فى هذه المسألة القاضى إنما يقضى بوجوب القصاص بناءً على إقراره بوجوب القصاص ، والشاهدان مع اختلافهما فى الآلة اتفقا على إقراره بوجوب القصاص عليه ، فلهذا اقتص منه .

ولأن الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول البينة ، وفى تلك المسألة لا بد وأن يدعى المدعى القتل بأحد الآلتين ، إذ لا يمكنه دعوى القتل بكلا الآلتين ؛ لأن فى دعواه ذلك تكذيب لهما ؛ لتعذر وجود قتل واحد بكلا الآلتين ، وإذا ادعى بأحد الآلتين ، فقد كذب شاهده الآخر ، وههنا أمكنه تصديق الشاهدين مع دعواه القتل بأحد الآلتين ، وبآلة أخرى سواهما ؛ لجواز إقراره بالقتل بهما مع أن قتله بإحداهما وبآلة أخرى ، والقتل بكل واحدة من هاتين الآلتين موجب للقصاص ، فيكون مقرّا على نفسه بوجوب القصاص ، فلهذا افترقا .

١٥٢٦٠- قال محمد فى "الجامع الكبير" : رجل فى يديه عبد ذكر أنه عبده ورثه من أبيه ، فادعى رجل آخر أنه عبده ، وأقام البينة على إقرار صاحب اليد أنه للمدعى ، قبلت بينته ، وقضى بالعبد للمدعى اعتباراً للإقرار الثابت بالبينة عيانًا ، وقد مرّت هذه المسألة من قبل .

وكذلك إذا شهد على إقراره أنه اشتراه من المدعى بألف درهم ، وقال المدعى : قد أقر بما قال ، ولكنه لم يشتره منى ، قبلت الشهادة ، وقضى بالعبد للمدعى ؛ لأن إقراره بالشراء من المدعى إقرار بالملك للمدعى ، وقد مرّت هذه المسألة أيضًا ، وإنما أوردناها ههنا لزيادة تفريع ، وكذلك لو أقام شاهداً أن الذى فى يديه العبد أقر أن العبد عبد المدعى ، وأقام شاهداً آخر أن الذى فى يديه العبد أقر أنه اشترى العبد من المدعى بألف درهم ، وقال المدعى : إن صاحب اليد أقر بما قال الشاهدان إلا أنى لم أبع منه شيئًا ، تقبل هذه الشهادة ، ويقضى بالعبد للمدعى ؛ لأن الشاهدين اتفقا فيما هو المقصود من هذه الشهادة ؛ لأن المقصود من هذه الشهادة إقرار ذى اليد بأن العبد للمدعى دون إثبات

الشراء بدليل أنهما لو شهدا على الشراء فى هذه الصورة، فالقاضى لا يقضى بالشراء، إذ لو قضى بالشراء حصل القضاء لذى اليد، وهما إنما شهدا عليه لا له، فعلم أن المقصود من هذه الشهادة إقرار ذى اليد بأن العبد للمدعى دون إثبات الشراء، وهما اتفقا فى هذا المقصود، أما الأول فلا شك، وأما الثانى فلأنه شهد على إقراره بالشراء من المدعى، والإقرار بالشراء من المدعى إقرار بالملك للمدعى.

وهذا الجواب مستقيم على رواية "الجامع": لأن الشراء والاستيام إقرار بالملك للبائع، أما على رواية "الزيادات" ليس بإقرار بالملك للبائع، فيحتمل أن تكون المسألة على روايتين، وإن لم تكن المسألة على روايتين فوجهه على رواية "الزيادات": أن الشراء إقرار من المشترى أنه لا ملك له فى المحل، فخرج من البين، فيأخذه المدعى؛ لأنه يدعيه، ولا مزاحم له فيه.

ثم شرط لقبول هذه الشهادة أن يقول المدعى: إن ذا اليد أقر بالأمرين جميعًا، إلا أنى لم أبعه حتى لو قال المدعى: إن صاحب اليد أقر بأحد الأمرين دون الآخر، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنه يصير مكذبًا أحد شاهديه.

١٥٢٦١- وكذلك إذا شهد أحد الشاهدين أن الذى فى يديه العبد أقر أن المدعى وهب العبد منه، وشهد الآخر أن ذا اليد أقر أن المدعى تصدق به عليه، وقال المدعى: إن صاحب اليد أقرّ بالأمرين إلا أنى ما وهبت منه، وما تصدقت به عليه، فإنه يقضى بالعبد للمدعى؛ لأنهما اتفقا فيما هو المقصود من هذه الشهادة، وهو إقرار ذى اليد أن العبد للمدعى؛ لأن كل مستوهب ومتصدق عليه مقر بالملك للواهب والمتصدق.

وكذلك لو شهد أحد الشاهدين أن الذى فى يديه العبد أقر أنه اشتراه من المدعى بألف درهم، وشهد الآخر أنه أقر أنه اشتراه منه بمائة دينار، أو شهد أحدهما على إقرار ذى اليد أنه قد استأجره من المدعى بعشرة دراهم، وشهد الآخر على إقرار ذى اليد أنه اشتراه منه بألف درهم، أو شهد أحدهما أنه سمع ذا اليد يقول للمدعى: هب لى هذا العبد، وشهد الآخر أنه سمع ذا اليد يقول للمدعى: تصدق علىّ بهذا العبد، أو شهد أحد الشاهدين أن ذا اليد قال للمدعى: بعنى بألف درهم، وشهد الآخر أن ذا اليد، قال للمدعى: بعنى بمائة دينار، وقال المدعى: أقر ذو اليد بذلك كله إلا أنى ما بعت منه، ولا

آجرت، فالقاضي يقضي في هذه الوجوه كلها بالعبد للمدعى.

وكذلك إذا شهد أحدهما على إقرار الذى في يديه العبد أن العبد للمدعى، وشهد الآخر على إقراره أن المدعى أودعه إياه، قبلت شهادتهما، وقضى بالعبد للمدعى؛ لأنهما اتفقا على إقرار ذى اليد أن العبد ملك العبد المدعى؛ لأن الإقرار بالإيداع إقرار بالملك للمودع؛ لأن الإيداع عقد شرعى لا يصح شرعًا إلا من المالك.

وكذلك إذا شهدا على إقرار ذى اليد بالإيداع، قضى للمدعى لأنهما شهدا على إقراره بالملك للمدعى، ولو شهد أحدهما على إقرار ذى العبد أن العبد للمدعى، وشهد الآخر على إقراره أنه عبد المدعى أودعه إياه، قضى به للمدعى؛ لأنهما اتفقا على إقرار ذى اليد لكون العبد للمدعى، لكن زاد أحدهما إقراره بالإيداع منه.

ولو شهد أحدهما على قرار ذى اليد أن العبد للمدعى، وشهد الآخر على إقراره أن المدعى دفع العبد إليه، لا يقضى بالعبد للمدعى، وكذا إذا شهدا على إقراره أن المدعى دفع العبد إليه، لا يقضى بالعبد للمدعى، فلم يجعل الإقرار بالدفع إقرارًا بالملك للدافع، وجعل الإقرار بالإيداع إقرارًا بالملك للمودع.

والفرق أن الإيداع عقد شرعى يوجب ثبوت اليد للمودع، وثبوت ولاية الحفظ له، وأنه لا يصح إلا من المالك باعتبار الأصل، فكان إقرارًا بالملك له، فأما الدفع فعل حسى يوجد من المالك ومن غير المالك، وصحته بوجوده حسًّا، فلم يكن مفتقرًا إلى المالك، فلم يكن الإقرار بالدفع إقرارًا بالملك للدافع.

وكذلك لو شهد أحدهما على إقرار ذى اليد أن العبد للمدعى، وشهد الآخر على إقراره أنه غصبه من المدعى، فالقاضي يقضي بالعبد للمدعى؛ لأن الإنسان لا يغصب ملك نفسه، فكان الإقرار بالغصب إقرارًا بالملك للمغصوب منه.

وكذلك إذا شهد أحدهما على إقرار ذى اليد أن العبد للمدعى، وشهد الآخر على إقراره أنه ارتهنه منه، أو استأجره منه، قضى بالعبد للمدعى؛ لأن الرهن والإجارة كل واحد منهما عقد شرعى، لا صحة له إلا بقيام الملك للراهن[1]، والأجر على اعتبار الأصل، فكان الإقرار بهما إقرارًا بالملك للمدعى.

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: بالراهن.

وهذا كله إذا قال المدعى : إنه أقر بما قال الشاهدان إلى آخر ما ذكرنا قبل هذا ، ولو كان الذى فى يديه العبد أقر أن العبد كان للمدعى ، وادعى أن المدعى أعطاه صلة ، وجاء بشاهدين شهد أحدهما أن المدعى أقر أنه تصدق بهذا العبد على المدعى عليه ، والآخر شهد أن المدعى أقر أنه وهب هذا العبد من المدعى عليه ، فالقاضى لا يقبل هذه الشهادة إلا أن يأتى بشاهد آخر يشهد على الهبة ، أو على الصدقة ، بخلاف ما تقدم .

والفرق : إن صاحب اليد ههنا أقر بالملك للمدعى فى العبد ، وادعى تلقى الملك فيه من المدعى ، ولا بد لذلك من سبب ، والسبب أحد العقدين ، إذ لا يجوز أن يتملك كل العبد من شخص واحد فى حالة واحدة كله بالهبة ، وكله بالصدقة ، فلا بد من أن يدعى أحدهما ، ومتى ادعى أحدهما يصير مكذبًا شاهده الآخر ، فلايبقى له عليه ما ادعى إلا شاهد واحد ، أما فيما تقدم المدعى لا يدعى تلقى الملك من جهة ذى اليد حتى يحتاج إلى إثبات سبب الملك ، وإنما ادعى أن العبد ملكه من الأصل ، فلم يكن محتاجًا إلى إثبات سبب الملك ، بل حاجته إلى إقرار ذى اليد أن العبد ملكه ، وقد ثبت ذلك من الوجه الذى بينا .

وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما أن المدعى أقر أنه وهبه للذى فى يديه ، وقبضه منه ، وشهد الآخر أنه أقر أنه نحله للذى فى يديه ، وقبض ؛ لأنهما اتفقا على الإقرار بالهبة ، وإنما اختلفا فى اللفظ ، وهذا لأن النحل والعمرى والهبة من أسماء الهبة ، فيقال : نحله كذا ، ووهبه كذا ، وعمره كذا ، والاختلاف فى اللفظ لا يمنع قبول الشهادة بعد الاتفاق على المعنى ، كما لو شهد أحدهما بالنكاح ، والآخر بالتزويج بخلاف الهبة والصدقة ؛ لأنهما يختلفان لفظًا ومعنًى ، أما لفظًا فلا شك ، وأما معنًى فلأن الصدقة يُراد بها وجه الله تعالى ، ولا رجوع فيها ، والهبة يُراد بها وجه العبد ، وفيها رجوع ، فكانا مختلفين لفظًا ومعنًى ، وليس على أحدهما شهادة شاهدين .

وزعم بعض مشايخنا : أن الاختلاف بين الهبة والصدقة من حيث إن فى الهبة رجوعًا ، ولا رجوع فى الصدقة ، وليس كما ظنوا ، ألا ترى أنه لو شهد أحدهما بالهبة من فقير ، أو من ذى رحم محرم ، وشهد الآخر بالصدقة ، لا تقبل الشهادة ، ولا رجوع فيه ، وإنما الاختلاف من حيث الذات ، فذات الهبة غير ذات الصدقة .

وكذلك إذا شهد أحدهما أنه باعه من الذى هو فى يديه، وقبض الثمن، وشهد الآخر على أنه وهبه من الذى فى يديه، لا تقبل شهادتهما؛ لاختلاف ظاهر بين البيع والهبة.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه منه بألف درهم، وقبض الثمن، وشهد الآخر أنه باعه منه بمائة دينار، وقبض الثمن، لا تقبل شهادتهما؛ لأن البيع يختلف باختلاف الثمن، فيختلف المشهود به.

وكذلك إن كانت الشهادة على الإقرار بالبيع، كما وصفنا؛ لأنهما لم يجتمعا على بيع واحد.

١٥٢٦٢- ولو كان صاحب اليد ادّعى أنه اشتراه من المدعى بألف درهم، وقبض الثمن، وجاء بشاهدين شهدا على البيع، وقبض الثمن إلا أنهما لم يبينا مقدار الثمن، فالقاضى يقبل هذه الشهادة؛ لأنهما اتفقا على البيع، وقبض الثمن كما ادعاه المدعى، وسكوتهما عن بيان مقدار الثمن احتمل الموافقة؛ لجواز أنهما لو استفسرا بينا أن الثمن ألف، كما ادعاه المدعى، ويحتمل أنهما بينا بخلاف ذلك، فلا تثبت المخالفة فيما اتفقا عليه؛ لتوهم الخلاف.

١٥٢٦٣- وكذلك لو شهدا على إقرار المدعى بالبيع، وقبض الثمن، ولم يبينا مقدار الثمن، وذو اليد يقول: اشتريته بألف درهم، ونقدت الثمن، فالقاضى يقبل الشهادة، وهذا بخلاف ما لم لو يشهدا على قبض الثمن، فإنه لا تقبل شهادتهما؛ لأن الثمن إن كان مقبوضًا، فلا حاجة إلى القضاء بالثمن؛ لأنه وقع الفراغ عنه، إنما الحاجة إلى إثبات الملك فى المبيع فحسب، وأمكن القضاء بالملك فى المبيع لاتفاق الشاهدين على ذلك.

فأما إذا لم يكن الثمن مقبوضًا، فكما مسّت الحاجة إلى القضاء بالثمن، وتعذر القضاء بالثمن لجهالته، يوضح ما ذكرنا أن الشهادة على البيع، وقبض الثمن شهادة بالملك المطلق للمدعى؛ لأنه شهادة بالعقد، ألا ترى أن شاهدين لو شهدا على رجل أنه باع عبد بخمسمائة درهم من فلان، وقبض الثمن، فقضى القاضى بالملك للمدعى، ثم رجعا عن شهادتهما، وقيمة العبد ألف درهم، أنهما يضمنان قيمة العبد دون الثمن،

ولو حصل القضاء بزوال الملك عن العبد بالثمن يضمن الثمن ، فعرف أن القضاء بزوال الملك غير مقابل بالثمن حتى ضمنا قيمة العبد الذى تلف بشهادتهما .

وإذا كان هكذا لم يصر الثمن مشهودًا به عند الشهادة بقبض الثمن ، فلا يمنع القبول بترك بيان الثمن ، فأما الشهادة على البيع بدون قبض الثمن شهادة بالعقد ؛ بدليل عكس ما ذكرنا ، وتعذر القضاء بالعقد لكون الثمن مجهولا ؛ ولأن الجهالة إنما يمنع جواز البيع باعتبار أنها مانعة من التسليم والتسلّم ، وإذا كان الثمن مقبوضًا ، لا حاجة إلى التسليم والتسلّم ؛ لأنه وقع الفراغ عنه ، فلا يمنع القاضى من القضاء به[1] .

وإن بيّن أحدهما الثمن ، وهو ألف كما ادعاه المدعى ، وسكت الآخر عن بيان الثمن ، ولكن كل واحد منهما شهد بقبض الثمن ، قبلت شهادتهما ؛ لأنهما اتفقا على البيع ، وقبض الثمن ، وسكوت من سكت عن بيان الثمن ، يحتمل الموافقة ، لجواز أنه لو استفسر لبيّن أن الثمن ألف ، واحتمل المخالفة ، فلا تثبت المخالفة فيما اتفقا عليه ؛ لتوهم الخلاف .

وإن لم يبين المدعى مقدار الثمن ، وإنما ادعى المبيع ، وقبض البائع الثمن ، وشهدا على الشراء بألف ، وذكرا قبض الثمن ، قبل القاضى شهادتهما ؛ لأن الثمن إذا كان مقبوضًا ، فالشهادة لا تقع بالثمن ، وكذا القضاء لا يقع بالثمن ، فكان ذكره ، والسكوت عنه سواء ، فقد اتفق الدعوى بالشهادة ، والمخالفة موهومة ، فإن المدعى لو استفسر ربما يبين أن الثمن ألف ، كما شهد به الشهود ، فلا يبطل شهادتهما بألف درهم .

وإن بيّن أحدهما أن الثمن ألف درهم ، ويبين الآخر أن الثمن مائة دينار ، لاتقبل شهادتهما ، وإن شهدا بقبض الثمن ؛ لأنه لا بد وأن يدعى أحد العقدين ، وعند ذلك يصير مكذبًا شاهده الآخر .

١٥٢٦٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد : فى رجل ادعى دارًا فى يدى رجل ، وجاء بشاهدين ، شهد أحدهما أنها دار المدعى ، وشهد الآخر على إقرار صاحب اليد أنها للمدعى ، قال : فالشهادة مختلفة .

وبيانه : إن أحدهما شهد للمدعى بالملك ، وأنه ليس بقول ، والآخر شهد على

---

(١) وفى الأصل : فلا يمنع قضاء القاضى من القضاء به .

إقرار المدعى عليه بالملك للمدعى، والإقرار قول، فاختلف المشهود به من حيث الصورة، وكذلك من حيث المعنى؛ لأن الإقرار حجة الملك على المدعى عليه، وهو المقر لا[1] أن يكون نفس الملك، ولم يقم على الإقرار حجة حتى صار كالمعاين، فيقضى به، ولم يقم على الملك شاهدان، حتى يمكن القضاء بالملك للمدعى بشهادتهما، فتعذر القضاء بشهادتهما، فلا يقضى بهما.

فرق بين هذا وبين ما إذا شهد أحدهما للمدعى على المدعى عليه بألف، وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه بالألف، قال: هذا جائز؛ لأنه إقرار كله، وهكذا روى عن أبي يوسف، وذكر الناطفي رواية أبي يوسف في "واقعاته"، فقد فرّق بينهما، وأشار إلى الفرق أن شهادة الشاهد بالملك المطلق يعتمد دليلا يطلق له أداء الشهادة بالملك المطلق، ولا دليل عليه سوى اليد، فالذى شهد بالملك للمدعى شهد على يد المدعى من حيث الحقيقة، والآخر شهد على إقرار المدعى عليه بالملك، فاختلف المشهود به، فلا يمكن القضاء بشهادتهما، والشهادة على وجوب الدين على المدعى عليه مطلقًا من غير أن يعرف سبب وجوبه يعتمد دليلا يطلق له ذلك، وذلك الدليل ليس إلا هو الإقرار، فهو حجة لوجوب الدين عليه مطلقًا، كما أقر به.

وأما ما سواه من الأدلة فذلك يشير إلى سبب وجوب الدين، فلم يكن دينًا مطلقًا خاليًا عن السبب، فالذى شهد بالدين للمدعى مطلقًا شهد على إقرار المطلوب بهذا الدين معنًى، ولو شهد به صريحًا حصلت الموافقة بين الشاهدين فى شهادتهما، كذا هذا[2].

وفى غصب "الأصل": إذا شهد أحد الشاهدين أن قيمة الثوب المغصوب المستهلك كذا، وشهد الآخر على إقرار الغاصب أن قيمته كذا، لا تقبل شهادتهما.

١٥٢٦٥- قال محمد فى "الجامع الكبير": إذا ادعى الرجل دارًا فى يد غيره، وأقام شاهدين شهد أحدهما أنها داره، ورثها من أبيه، وشهد الآخر أنها داره، ورثها من أمه، فالشهادة باطلة؛ لأنهما اختلفا فى سبب الملك، والأملاك تختلف باختلاف

---

(١) وفى الأصل: إلا.

(٢) وفى الأصل: كذلك.

أسبابها، واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة.

فرق بين هذا وبين الإقرار، فإنه إذا أقر أن هذه الدار له، ورثها من أبيه، فقال المقر له: لا، بل ورثتها عن أمى، كان للمقر له أن يأخذ الدار[١] من المقر، وإن اختلفا فى السبب.

والفرق: إن الإقرار حجة ملزمة بنفسه لو بطل حكمه إنما يبطل بتكذيبه المقر له، وأنه لم يكذبه[٢] فى أصل الملك، فثبت، أقصى ما فى الباب أنه كذّبه فى السبب، ولكن لا حاجة إلى إثبات السبب بعد ثبوت الحكم.

فأما فى مسألتنا فالشهادة إنما تصير حجة بقضاء القاضى، فكان حالة القضاء حال ثبوت الحكم، وثبوت الحكم لا بد له من سبب، ولا يمكن إثبات السببين جميعًا للتنافى، ولانعدام الحجة عليهما، ولا إثبات أحدهما؛ لأنه لم يقم عليه حجة كاملة، وهى شهادة المثنى، ولأنه لا بد من الدعوى لقبول الشهادة، ولا يمكن دعوى السببين للتنافى.

ولو ادّعى أحدهما كان مكذبًا شاهده الآخر، فبطلت شهادته لتكذيبه، فتعذر القضاء بها، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه اشتراها من فلان وهو يملكها، وشهد الآخر أن فلانًا آخر وهبها له، وهو يملكها، وقبضها منه، فإنه لا تقبل شهادتهما؛ لما ذكرنا، ولأنه إنما يتلقى الملك من جهة الواهب أو المشترى، فما لم يثبت الملك له، لا ينتقل إليه، ولم يثبت لا ملك البائع ولا ملك الواهب؛ لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، وهذه العلة تصلح علة فى المسألة الأولى؛ لمنع قبول الشهادة.

ثم فى هذه المسألة لا يختلف الجواب بينهما إذا لم يوفق وبينما إذا وفق، فقال: كنت اشتريتها من فلان، كما شهد به هذا الشاهد، وقبضتها ثم بعتها من فلان، وسلمتها إليه، ثم استوهبتها، فوهبها لى، وقبضتها منه، فإنه لا تقبل شهادتهما فى الوجهين جميعًا.

فرق بين هذا وبينما إذا ادّعى أنه اشتراها من فلان، وشهد شاهدان أنه وهبها له، وقبضها منه، فإنه لا تقبل شهادتهما قبل التوفيق، ولو وُفق وقال: كنت اشتريتها من

(١) وفى الأصل: هذه الدار، مكان: يأخذ الدار.

(٢) وفى م: لم يذكر به.

فلان، ثم جحد في الشراء، فاستوهبتها منه، فوهبها لي، وأعاد البينة، قبلت هذه الشهادة.

ووجه الفرق أن في تلك المسألة أقام على الهبة شاهدين، وقد زالت المخالفة بين الدعوى والشهادة بالتوفيق، فقبلت شهادتهما، وقضى بالهبة لكمال الحجة عليها، أما هنا إن زالت المخالفة بالتوفيق، ولكن لم يشهد بالهبة إلا شاهد واحد، فتعذر القضاء به؛ لأن القضاء بشهادة الفرد لا تجوز، حتى لو شهد معه شاهد آخر على الهبة، قضى له بالهبة.

١٥٢٦٦- قال محمد في "الجامع الكبير": وإذا كان للرجل على رجل ألف درهم، فادعى الغريم أنه أوفاها صاحبها، وصاحب المال يجحد ذلك، فشهد للغريم شاهدان شهد أحدهما أن صاحب الحق أبرأ الغريم من المال، وشهد الآخر أن صاحب المال أقر بالاستيفاء، لم تقبل شهادتهما؛ لأنهما اختلفا لفظًا ومعنًى، أما لفظًا لا شك، وكذلك معنًى؛ لأن الذي شهد بالإبراء بغير عوض، فهو إسقاط، وليس في الاستيفاء معنى الإسقاط، فجاءت المخالفة، وإن عنى به الإبراء الذي هو حكم الاستيفاء، صار هو شاهدًا بغاية الاستيفاء، وأنه فعل والآخر شاهد بالإقرار، وأنه قول، ومثل هذا مانع قبول الشهادة، كما لو شهد أحد الشاهدين على الغصب، وشهد الآخر على الإقرار بالغصب.

ولو كان الذي شهد بالإبراء شهد أن صاحب الحق أقر أن الغريم برى إليه، قبلت الشهادة؛ لأن البراءة التي ابتدأها من الغريم، وانتهاءها بصاحب الدين يكون بطريق الإيفاء والاستيفاء، فكانت الشهادة على الإقرار بمثل هذه البراءة شهادة على الإقرار بالاستيفاء، والشاهد الآخر شهد على الإقرار بالاستيفاء أيضًا، فقد اتفقا في المعنى، وما شهد به داخل تحت دعوى المدعى أيضًا، فلهذا تقبل.

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه استوفى الألف، وشهد الآخر أنه حلّله، أو أحله له أو وهبه له، أو تصدق به عليه، فالشهادة باطلة؛ لأن الاستيفاء أخذ الحق، وهذه الأشياء تبنى على التبرع، فاختلف المشهود به؛ ولأن هذه الأشياء لا تصلح حكمًا للاستيفاء، ثم لما لم تقبل هذه الشهادة على البراءة مع أنها تصلح حكمًا للاستيفاء لأن لا تقبل ههنا

أولى، وأنه لايصلح حكمًا له.

١٥٢٦٧- ولو ادّعى المطلوب الأداء، فشهد له شاهدان أن صاحب الحق أبرأه من دينه، أو أنه حلله، فالشهادة جائزة؛ لأن المشهود به واحد، وما شهدا به داخل تحت دعوى المدعى من وجه؛ لأن المدعى، وهو المطلوب بدعوى الاستيفاء ادّعى البراءة مقيّدة بالاستيفاء، فإنه يقال: أبرأه براءة قبض، واستيفاءهما شهدا ببراءة مطلقة محتملة للبراءة بالإبراء، وللبراءة بالإيفاء، فكانت هذه شهادة ببعض ما ادعاه، فقبلت.

وفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى، فإنه اعتبر هذا مخالفة بين الشاهدين حتى أبطل شهادتهما بذلك، فلم يعتبر مخالفة بين الدعوى والشهادة، ووجه الفرق أن فى ذلك المسألة المخالفة بين الإيفاء والإبراء ظاهرة صورة لو ثبت الموافقة إنما ثبت بالاعتبار أن صحة الإيفاء[1] يوجب البراءة، فالموافقة لو ثبت إنما يثبت باعتبار الضمنى[2]، فإنما يمكن إثباتهما ضمنا إذا ثبت المتضمن، ولم يثبت المتضمن، وهو الاستيفاء بشهادة أحدهما؛ لأن شهادة الفرد ليست بحجة، فلايثبت ما فى ضمنه، فلم تحصل الموافقة، فأما ههنا كلام المدعى معتبر، وأنه ثابت، ولكنه دعوى، فيثبت ما فى ضمنه، وهو الإبراء، فحصلت الموافقة بينه وبين الشهادة بالإبراء.

والثانى: إن امتناع القبول ثمّة باعتبار أن أحدهما شهد بالفعل، وهو الاستيفاء، والآخر بالقول، وهو الإبراء، واختلاف الشاهدين على هذا الوجه يمنع صحة شهادتهما وقبولهما، ومثل هذا الاختلاف فى الدعوى، والشهادة لايمنع القبول، ألا ترى أن أحد الشاهدين لو شهد بالغصب، وشهد الآخر على الإقرار به، لا تقبل، ولو ادّعى الغصب، وشهد الشهود بالإقرار بالغصب، قبلت شهادتهم.

١٥٢٦٨- ولو شهدا على الهبة أو الصدقة أو النحلة أو العطية أو الإحلال، لا تقبل شهادتهما؛ لأن الغريم يدّعى الاستيفاء، وهذه الأشياء ليست من أحكام الإيفاء؛ لأن الهبة تبنى على التبرّع، وكذا الصدقة، والإحلال عبارة عما ينتفع به بتمكينه إياه، وبالإيفاء إنما ينتفع حكمًا بملكه ما فى ذمّته، لا بإحلاله، فبطلت الشهادتان؛ للاختلاف

(١) وفى الأصل: الاستيفاء.

(٢) وفى الأصل: الضمير.

بينهما، بخلاف الإبراء، فإنه يصلح حكمًا للإيفاء على ما ذكرنا.

قال: ولو ادّعى الغريم البراءة، أى ادعى أن رب المال أبرأه، فشهد أحد الشاهدين بذلك، وشهد الآخر أنه وهب له الحق، أو تصدق عليه، أو نحله، أو حلله منه، أو أحله له، قبلت الشهادة؛ لأنهما اتفقا معنًى من كل وجه فى بعض هذه الألفاظ، ومن وجه فى بعض هذه الألفاظ، وما شهدا به داخل تحت دعوى المدعى معنًى من كل وجه، أو من وجه.

بيانه: إن المدعى ادّعى براءة مطلقة، وإنما تحتمل البراءة بالإبراء، وقد اتفق الشاهدان على الإبراء معنًى من كل وجه، أو من وجه، أما من كل وجه؛ فلأنه شهد أحدهما بالإبراء، والآخر بالتحليل، والتحليل إنما يُعتبر به عن الإبراء، ويقام مقام الإبراء، فالذى شهد بالتحليل شهد بالإبراء معنًى، فثبت الموافقة بين الشاهدين معنًى من كل وجه، فيدخل تحت دعوى المدعى من كل وجه، وأما من وجه فلأنه شهد أحدهما بالإبراء، وأنه يحتمل الإبراء الذى ثبت حكمًا للاستيفاء، ويحتمل الإبراء الذى هو إسقاط، وشهد الآخر بالهبة والصدقة والنحل والإحلال، وهذه الألفاظ إنما تستعمل للبراءة بالإبراء، لا للبراءة للإيفاء، وشاهد الإبراء شهد ببراءة محتملة للأمرين، فثبت الموافقة بين الشاهدين من وجه، فيدخل تحت الدعوى من وجه، وهذا كافٍ للقبول؛ لأن الشهادة حجة الله تعالى، يجب العمل بها ما أمكن.

فإن قيل: إذا شهد أحدهما بالإبراء، والآخر بالهبة ينبغى أن لا تقبل؛ لأن الإبراء مع الهبة مختلفان لفظًا ومعنًى؛ لأن الإبراء موضوع للإسقاط، والهبة موضوعة للتمليك، ولهذا صاحب الدين إذا أبرأ الكفيل، فردّ الكفيل، لا يرتدّ، ولو وهب منه، فردّ يرتدّ، فإذا اختلفا لفظًا ومعنًى، يجب أن لا تقبل، وإن اتحد حكمهما شرعًا، كما لو شهد أحدهما بالخلية والآخر بالبرية.

قلنا: الإبراء مع الهبة يختلفان معنى فى حق الكفيل على الوجه الذى قلتم، أما يتفقان معنى فى حق المطلوب، فإذا أبرأ المطلوب، والهبة منه كل واحد منهما إسقاط من وجه، حتى يصحّ من غير قبول، وتمليك من وجه حتى يرتد بردّه.

١٥٢٦٩- وقال: لو ادعى الغريم الهبة، فشهد له شاهد بالهبة، والآخر

بالصدقة، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الهبة مع الصدقة يختلفان لفظًا ومعنًى، أما لفظًا فظاهر، وأما معنًى، فلأن الهبة، يقصد بها وجه الموهوب له، ومكافأته والصدقة يقصد بها رضى الله تعالى وثوابه، وطعن أبو حازم القاضى، وقال: وجب أن تقبل؛ لأن الصدقة مع الهبة لا يختلفان فى هذا الباب، ألا ترى أن المدعى لو ادّعى البراءة، وشهد أحد الشاهدين بها، والآخر بالهبة، أو بالصدقة، تقبل الشهادة، وجعلت الشهادة بالصدقة فى تلك المسألة كالشهادة بالهبة، فيجب أن يكون الشهادة بالصدقة هنا كالشهادة بالهبة.

والجواب عن هذا الطعن أن يقال: إن الغريم إذا ادّعى البراءة، وشهد أحدهما بالبراءة، والآخر بالهبة، أو بالصدقة، إنما قبلت الشهادة باعتبار أن البراءة لفظة عامة تذكر ويُراد بها براءة يقصد بها وجه الغريم، وطلب المكافأة منه، وتذكر ويراد بها براءة يقصد بها وجه الله تعالى وثوابه، والمدعى ادّعى البراءة مطلقًا.

١٥٢٧٠- وإذا شهد أحدهما بالبراءة، والآخر بالصدقة، فقد شهد بما دخل تحت الدعوى من وجه، وجدت الموافقة بين الشاهدين معنًى فيما دخل تحت الدعوى، فتقبل، أما هنا الغريم ادّعى الهبة، وهو اسم لبراءة مخصوصة يراد بها وجه الغريم، والشاهد بالصدقة شهد ببراءة يقصد بها وجه الله تعالى ورضاه، وهذا لم يدخل تحت الدعوى أصلا، ولم يثبت الموافقة أيضًا بين الشاهدين لا لفظًا ولا معنًى، فلايقبل، وكذلك إذا ادّعى الغريم البراءة، فشهد له شاهد بالهبة، والآخر بالصدقة، لا تقبل هذه الشهادة.

فإن قيل: وجب أن تقبل هذه الشهادة؛ لأن ما شهدا به داخل تحت دعوى المدعى من وجه؛ لأن المدعى ادعى البراءة مطلقة، فيدخل تحتها براءة يقصد بها وجه الغريم، وبراءة يقصد بها وجه الله تعالى.

قلنا: بل الأمر كما قلتم، إلا أنما اختلفا لفظًا ومعنًى؛ لما مرّ أن الهبة مع الصدقة يختلفان لفظًا ومعنًى، فكان المشهود به شيئآن، وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، فلهذا لا تقبل.

١٥٢٧١- قال: ولو ادعى الغريم الهبة، فشهد له شاهد بالبراءة، وشهد بالهبة،

أو بالنحل أو العطية، فالشهادة جائزة؛ لأن الذى شهد له بالهبة وافقه فيما ادّعى، وشاهد البراءة شهد ببعض ما ادّعى؛ لما ذكرنا أن الهبة يتضمن الإبراء، فحصلت الموافقة بين الشاهدين فى الأول، فتقبل شهادتهما.

ولو ادّعى الهبة والعطية، أو النحل أو الصدقة، فشهد شاهدان على الاستيفاء، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الهبة ليست من حكم الاستيفاء، وكذلك الاستيفاء ليس من حكم الهبة، فلا يمكن القول بتحقق الموافقة بينهما.

ولو ادّعى أنه أحل له ماله عليه، فشهد بالاستيفاء، قال: الشهادة باطلة، ولم يذكر أن القاضى يسأله، وذكر فيما ادعى أنه أبرأه، أو أحل له، وشهد شاهدان على إقرار صاحب الحق بالاستيفاء أن القاضى يسأل الغريم عن البراءة والتحليل أنه بالاستيفاء أو بغيرها، أما فى دعوى البراءة يسأل؛ لأن الإبراء عسى يكون بطريق الاستيفاء، يُقال: أبرأه براءة قبض واستيفاء، فإذا احتمل الموافقة وجب السؤال، وأما فى دعوى الإحلال مختلف فيه، فمن أصحابنا من قال بأن السؤال واجب فيه أيضًا؛ لأن الإحلال يتضمن معنى الاستيفاء؛ لأنه متى استوفى، فقد أحله منه؛ لأنه باشر سببه، وهو الاستيفاء، فاحتمل الموافقة، فوجب السؤال، كما فى دعوى الإبراء.

ومنهم من فرّق بينهما، وقال: الإقرار بالاستيفاء له حكم الإبراء من وجه، وحكم الاستيفاء من وجه حتى إن المريض إذا أقر باستيفاء الدين من وارث، لايصح، وإذا أقر بالاستيفاء من الأجنبى صحّ من جميع المال، فإذا احتمل الوجهان جميعًا، فوجب السؤال، فأما الشهادة على نفس الاستيفاء يكون بقبض الحق معاينة، وأنه يخالف الإبراء، وكذا الإحلال؛ لأنه يكون بالإسقاط، فكانت المخالفة ظاهرة، فلا معنى للسؤال، بل وجب ردّ الشهادة المخالفة.

ثم فى كل موضع وجب السؤال، فإن سأله، فقال بالاستيفاء أمضى الشهادة لظهور الموافقة بين الدعوى والشهادة، وإن قال بغير الاستيفاء، أبطل الشهادة لظهور المخالفة، وإن لم يجبه بشىء لم يجبره على شىء؛ لأنه لا يجوز جبر المدعى على الدعوى، ولم يجز شهادتهما؛ لأن ظاهره المخالفة، وإنما يثبت الموافقة بإخباره أنه أراد به البراءة بجهة الاستيفاء، ولم يوجد، فلا تقبل شهادتهما، وقد مرّ بعض هذا الفصل

فيما تقدم.

١٥٢٧٢- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: في رجل له على رجل ألف درهم، فأقام المطلوب على الطالب شاهدين، فشهد أحدهما أنه أقر أنه أبرأ فلانًا عن جميع ماله عليه من حق، وشهد الآخر أنه قبض من فلان جميع ماله عليه من حق قال: لا أقبل ذلك؛ لأنهما اختلفا؛ لأن الإبراء قول، والقبض فعل، والإبراء إسقاط للحق، والقبض يضاده، فاختلف المشهود به.

١٥٢٧٣- ولو كان له على رجل ألف درهم، وبها كفيل، فجاء المطلوب بشاهدين، شهد أحدهما على إقرار الطالب أنه قبضها من الأصيل، وشهد الآخر على إقراره أنه قبضها من الكفيل لم أقبل ذلك؛ لأن القبض من الكفيل غير القبض من الأصيل، فاختلف المشهور به، ولو كان له على رجل ألف درهم، فادعى المطلوب أن الطالب أبرأه منها، وجاء بشاهدين شهد أحدهما على الإبراء، والآخر شهد على إقرار الطالب أنه قبض منه جميع ماله عليه، لاتقبل شهادتهما؛ لأن المشهود به مختلف؛ لأن الإبراء قول، والقبض فعل، ولم يقل: بأن القاضي يسأل شاهد الإبراء أن الإبراء كان بالاستيفاء، أو بالإسقاط، وقال في المديون: إذا ادعى الإبراء على الطالب، وشهد له شاهدان على إقرار اطالب بالاستيفاء أن القاضي يسأل مدعي البراءة أنها كانت بالاستيفاء أو بغيره.

والفرق: وهو أن دعوى البراءة يحتمل دعوى الإيفاء على ما ذكرنا، وعلى اعتبار دعواه الإيفاء يتحقق الموافقة بين الدعوى وبين الشهادة، ويجب قبول الشهادة، وعلى اعتبار دعواه الإبراء لا يتحقق الموافقة، ولا يجب قبول الشهادة، فكان السؤال مفيداً[1]، أما ههنا السؤال لا يفيد[2]؛ لأنه لا قبول لهذه الشهادة على كل حال أراد شاهد البراءة البراءة بالإبراء، أو بالاستيفاء، إن أراد بالبراءة بالإبراء فظاهر، وإن أراد البراءة باللاستيفاء، فلأن الاستيفاء فعل، فأحدهما شهد بالفعل، والآخر بالإقرار، وأنه قول،

---

(١) وفي الأصل: مقيداً.

(٢) وفي الأصل: لايقيد.

فيختلف المشهود به، فلا قبول لهذه الشهادة على كل حال، فلم يكن السؤال مفيداً[(١)] .

قال: ولو شهد أحدهما على إقرار الطالب أنه وهب له الألف، وشهد الآخر أنه أبرأه من جميع ماله عليه، لا تقبل هذه الشهادة، وفرق بين هذا وبينما إذا ادعى المديون الإبراء على الطالب، وشهد له شاهد بالهبة، وشاهد بالإبراء، حيث تقبل شهادتهما.

والفرق: أن هناك المشهود به نفس الإبراء والهبة، وهما متفقان فى المعنى؛ لأن الهبة إذا أضيف إلى الدين بقيد الإبراء، فأحدهما شهد على الحكم، وهو البراءة، والآخر شهد على البراءة بسبب وهو الهبة، وقد ذكرنا غير مرّة أن العبرة فى مثل هذا الاتحاد المعنى، لا لاختلاف اللفظ.

أما فى مسألتنا المشهود به الإقرار، وأنه حكاية عن لفظ الطالب، وقد اختلف اللفظ، فاختلف المشهود، ألا ترى أنه لو شهد أحد الشاهدين بالخلية، وشهد الآخر بالبرية، لا تقبل الشهادة؛ لأنه حكاية عن لفظ المطلق، وقد اختلف اللفظ، فاختلف المشهود به.

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه اشترى منه بالألف عبداً، وشهد الآخر أنه أبرأه من جميع ماله عليه، والمطلوب يقول: أقر عندهما كذلك، ويدعى البراءة لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما اختلفا فى سبب البراءة، فأحدهما يشهد بالبراءة بالمقاصة التى هى بمعنى الاستيفاء، والآخر يشهد بالبراءة بالإبراء الذى هو إسقاط.

١٥٢٧٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد: فى رجلين شهدا على وصية رجل، فشهد أحدهما أنه قال: جميع مالى لفلان بعد موتى، وشهد الآخر أنه قال: جميع مالى صدقة على فلان بعد موتى، وذلك فى مجلس أو مجلسين، فالشهادة جائزة.

فرق بين هذا وبينهما إذا شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالصدقة فى حالتى الحياة، حيث لا تقبل شهادتهما، واعتبر المشهود مختلفًا لمكان الاختلاف الذى بين الهبة والصدقة، ولم يوجب ههنا اختلاف المشهود به، وإن شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالصدقة.

---

(١) كذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: مقيدا.

والفرق : إن فى تلك المسألة اختلفا فى سبب الملك ؛ لما ذكرنا من المغايرة بين الهبة والصدقة، ولا بد من أن يصدّق المدعى أحدهما ؛ لأنه لا بد من دعوى سبب إثبات الملك بالسبب، وفى تصديق أحدهما تكذيب الآخر، فبطلت شهادتهما، أما ههنا لم يختلفا فى سبب الملك ؛ لأن السبب هو الوصاية، وقد اتفقا على الوصاية، لكن تفرد أحدهما بزيادة لفظة الصدقة، وتفرد أحدهما بزيادة لفظ لا يمنع قبول الشهادة فيما اتفقا عليه .

١٥٢٧٥- وفى "نوادر ابن سماعة"[1] عن محمد : رجل شهد على رجل أنه أعتق منه هذه، وتزوّجها، وشهد الآخر أنه أقر أنه أعتق منه، وتزوجها، قال : تعتق الأمة، ولا يثبت النكاح، وهذا بناء على أن الإعتاق قول لا يختلف فيه صيغة الإنشاء والإقرار، وفى مثل هذا اختلاف الشاهدين فى الإقرار والإنشاء لا يعتبر، والنكاح وإن كان قولا إلا أنه لحق بالأفعال من حيث إنه يتضمن فعلا، واختلاف الشاهدين فى الإقرار والإنشاء فى الأفعال صائر[2]، فلهذا قال : يثبت العتق، ولا يثبت النكاح .

١٥٢٧٦- وفى "المنتقى" : إذا شهد شاهد لرجل أن زيدًا أقر أنه اشترى هذه الدار له بأمره، وشهد الآخر أن زيدًا أقر أن هذه الدار له، فهذه الشهادة جائزة عندنا، وقد ذكرنا قبل هذا رواية ابن سماعة عن محمد فيما إذا شهد أحد الشاهدين أن الدار المدعى به لهذا المدعى، وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه، أن الدار المدعى به لهذا المدعى، أن الشهادة لا تقبل، وقال الطالب : إنما لى عليه قرض، ولم يشهد لى إلا بالقرض، فقد أكذب الشاهد الذى شهد له أنها من ثمن متاع .

وقال أبو يوسف : فى رجل ادّعى على رجل ألف درهم، فشهد شاهد أن المطلوب أقر أن عليه ألف درهم قرضًا، وشهد آخر أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن متاع اشتراه وقبضه، وقال الطالب : إنما لى عليه قرض، ولم يشهد لى إلا بالقرض، فقد أكذب الشاهد الذى شهد له أنها من ثمن متاع .

ولو قال : قد أشهد على هاتين الشهادتين المختلفتين، لكن أصل مالى كان قرضًا قضى له عليه بألف درهم، ولو قال : مالى من ثمن متاع بعته وقبضته منى، وقد أشهد

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ : إبراهيم عن محمد .

(٢) وفى م : ضابر وفى الأصل : صابر .

هذين على ما شهدا به، لا يقضى له بشيء حتى يأتي لشاهد آخر يشهد له على مثل شهادة الذى شهد له من ثمن المتاع إذا أقر الطالب أن ماله من ثمن متاع، فلا بد من شاهدين على قبضه.

ولو شاهد شهد أن المطلوب أقرّ أن له عليه ألف درهم قرضًا، وشهد الآخر أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ضمان ضمن له على فلان بأمره، فإن قال الطالب: أشهدنى بهاتين الشهادتين على ما و صفنا، فإنما لى عليه قرض، فإنه يقضى له بالمال، وإن قال: مالى من ضمان كما شهد به الآخر، لا يقضى له عليه بشيء، والضمان فى هذا، والبيع سواء، وأما فى قياس قول أبى حنيفة المال لازم فى الوجهين جميعًا.

١٥٢٧٧- ولو شهد شاهد أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن جارية اشتريتها منه، وقبضتها، وشهد الآخر أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن بَزّ اشتريته وقبضته، وقال الطالب: هو أشهد على هاتين الشهادتين، لكن مالى عليه قرض، فالقاضى يقضى بالمال، ولو ادعى أحد هذين الوجهين، فالقاضى لا يقضى بشيء، وكذلك لو شهدا بالمال من ضمان مختلف، فهو مثل البيع المختلف.

ولو ادعى المطلوب الدفع والبراءة، وشهد له شاهد أن الطالب أقر أنه قبضها منه، وشهد آخران الطالب أقر أن وكيلا له قبضها منه، وقال المطلوب: لم يشهدنى على قبض الوكيل، فقد أكذب شاهد الوكالة.

ولو قال: قد أشهدنى بهاتين الشهادتين إلا أنى دفعتها إليه فى يده، فإنه يقضى له بالبراءة منها، ولو لم يقل: دفعتها إليه فى يد، ولكن قال: دفعتها إلى وكيله، لم يقضِ بالبراءة منها حتى يأتى بشاهد آخر على دفعها إلى الوكيل من قبل أنه أقر أنه دفعها إلى غيره، ولم يشهد على وكالته إلا واحد.

١٥٢٧٨- وإذا ادّعى عبدًا فى يدى رجل أنه له، وشهد له شاهد أنه له، وشهد آخر أن فلانًا وهبه منه، وهو يملكه، فهو جائز، وكذلك الصدقة، وإن جاء فلان، وأنكر ذلك، قال: يجيء بشاهد آخر على الهبة والصدقة.

ولو شهد واحد أنه له وشهد آخر أنه اشتراه من فلان، وهو يملكه، لا تقبل

الشهادة ؛ لأن المشهود به قد اختلف ، هذه الجملة من " المنتقى " .

١٥٢٧٩- ولو شهد أحد الشاهدين على الشراء مع العيب ، وشهد الآخر على الإقرار بالشراء مع العيب، لا تقبل ، وكذا إذا شهد أحدهما على قيمة الثوب المغصوب الهالك أنها كذا، وشهد الآخر على الإقرار بذلك، لا تقبل .

١٥٢٨٠- وإذا ادّعى على رجل ألف درهم، وقال : خمسمائة منها ثمن عبد اشتراه مني ، وقبضه ، وخمسمائة من ثمن متاع اشتراه مني ، وقبضه وشهد له الشهود بالخمسمائة مطلقًا ، قبلت الشهادة على الخمسمائة ؛ لأنهما اتفقا على هذا المقدار ، وذكر السبب ليس بشرط ، فهذه المسألة تنصيص على أن المدعي إذا ادّعى الدين بسبب ، وشهد له الشهود بالدين مطلقًا أن لا تقبل ، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني ، والمسألة مرت من قبل .

الفصل الثانى والعشرون
فى التناقض بين الدعوى والشهادة

١٥٢٨١- قال محمد فى "الجامع" : رجل فى يديه دار، جاء رجل وادعى أنها داره، اشتراها من فلان، وجاء بشاهدين شهدا أن فلانًا ذلك وهبها له، وقبضها منه، وهو يملكها، فالقاضى لايقبل هذه الشهادة؛ لأنها خالفت الدعوى صورة ومعنًى، أما صورة فظاهر، وأما معنًى فلأن الشراء يوجب الملك بعوض، والهبة توجب الملك بغير عوض، ويثبت فى الشراء خيار الرؤية وخيار العيب، ولا يثبت فى الهبة، وإذا استحق المشترى فى يدى المشترى يرجع على البائع بالثمن، والموهوب له عند الاستحقاق لا يرجع على الواهب بشىء، فإن وفق المدعى، فقال : كنت اشتريته منه إلا أنه جحدنى الشراء، وعجزت من إثباته بالبينة، فتشفعت له حتى يهبها منى، فوهبها منى بعد ذلك، وقبضها، وأعاد البينة على ذلك، قبلت بينته.

وليس معنى قول محمد فى الكتاب، وأعاد البينة على ذلك، أعاد البينة على أنه كان اشتراها من فلان، وجحد فلان البيع، ثم وهبها منه، كما ذهب إليه الفقيه أبو القاسم الصفّار البلخى؛ لأنه لو وجد بينة على الشراء لاستغنى[1] عن إقامة البينة على الهبة، وإنما معناه إقامة البينة على الهبة والقبض، وإنما قبلت هذه البينة بعد التوفيق على هذا الوجه؛ لأن بالتوفيق تزول المخالفة، ويكون ذلك ابتداء دعوى الهبة من حيث الحقيقة.

فإن قيل : ينبغى أن لا تقبل البينة على الهبة؛ لأنه ادعى هبة فاسدة، فإنه ادعى أنه وهبه ملكه بالشراء، والشراء لا ينفسخ بجحود أحد المتبايعين.

قلنا : البائع قد جحد البيع، وجحود أحد المتبايعين فسخ للعقد، فكان البائع، قال : فسخت البيع، فيقف على قبول المشترى، فلما استوهبه منه المشترى، فقد أجابت

---

(١) هكذا فى الأصل وف، وكان فى ظ : لا أستغنى.

إلى الفسخ، لا صحة للهبة منه إلا على تقدير فسخ الشراء، وفسخ الشراء مقتضى طلب الهبة من المشترى، فانفسخ[1] الشراء فيما بينهما، وصار المدعى عليه واهبًا ملك نفسه، فكانت الهبة صحيحة.

١٥٢٨٢- وقال فى "الجامع الصغير": رجل ادّعى دارًا فى يدى رجل أنه وهبها له، وسلّمها إليه فى وقت كذا، فسأله القاضى البينة، فقال: إنه جحدنى الهبة، فاشتريتها منه فى وقت كذا، ذكر وقتًا قبل الوقت الذى ادعى فيه الهبة، وأقام على ذلك بينة، لا تقبل بينته، وإن ذكر وقتًا بعد الوقت الذى ادعى فيه الهبة، قبلت بينته؛ لأن فى الوجه الأول التوفيق بين الكلامين لا يمكن، إذ لا يمكن أن يقول: وهبها لى فى الوقت الذى ادعيت الهبة، ثم جحد فى الهبة، فاشتريتها منه قبل ذلك الوقت، وإذا لم يمكن التوفيق ظهر التناقض، والتناقض مانع صحة الدعوى، فأما فى الوجه الثانى التوفيق ممكن، فلا يظهر التناقض، فتصح الدعوى.

فإن قيل: ينبغى أن لا تصح دعواه فى الوجه الثانى؛ لأنه ادعاه شراء باطلا؛ لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة.

قلنا: الواهب لما جحد الهبة، فقد فسخها؛ لأن جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له، فانفسخت الهبة فى حقه، وتوقف فى حق الموهوب له على إجازته، فإذا طلب الشراء منه، فقد أجاز ذلك الفسخ، فانفسخت الهبة فى حقهما، وصار المشترى مشتريًا ما ليس بملك له، فصحّ.

وإن لم يذكر لمشترى تاريخًا، لم يذكر محمد هذه المسألة فى "الجامع الصغير"، وفى "كتاب الأقضية": ذكر عين هذه المسألة فى الصدقة، وأجاب فى هذا الفصل أنه تقب بينته؛ لأن التوفيق ممكن؛ لأن الشراء حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وهو ما بعد تاريخ الصدقة، فكأنه ادعى الشراء بعد تاريخ الصدقة، وعند إمكان التوفيق، لا يظهر التناقض، هذا أصل كبير لأصحابنا.

١٥٢٨٣- وفى "الأصل": وإذا كانت الدار فى يدى رجل، جاء رجل وادّعى أنها داره ورثها من أبيه منذ سنة، وأقام البينة أنه اشتراها من الذى فى يده منذ سنتين،

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: فإن فسخ.

والمدعى ادّعى ذلك فالقاضى لا يقبل هذه الشهادة، ولا يقضى بالدار للمدعى ؛ لأنه ادّعى الملك فى جميع هذه الدار منذ سنين بالشراء، وادّعى الملك فى جميعها منذ سنة بالميراث أيضًا، والإنسان لا يتصور أن يكون مالكًا لعين واحد فى وقت واحد بالشراء والإرث، وإنما يكون مالكًا له بأحد السببين، ولا يدرى ذلك، فبطلا جميعًا، فبقى الشهادة بدون الدعوى، فإن وفق المدعى، فقال : كنت اشتريتها منذ سنتين من ذى اليد، كما شهد الشهود، ثم بعتها من أبى، ثم ورثتها من أبى منذ سنة، متى وفق على هذا الوجه، وشهد الشهود بذك، يعنى بالبيع من الأب، ثم بالإرث منه، قبلت شهادته، وقضى بالدار له؛ لأن بالتوفيق على هذا الوجه تزول المناقضة؛ أن المناقضة فى هذه الصورة من حيث إنه ادّعى الملك فى جميع الدار بالشراء، والإرث فى وقت واحد، وهو منذ سنة، فإذا قال : بعتها من أبى بعد الشراء منه، ثم ورثتها من أبى منذ سنة، فإنما ادّعى الملك بالشراء والإرث فى وقتين، والملك بالشراء والميراث فى وقتين متصور، فزالت المناقصة[1]، وإنما احتيج إلى إقامة البينة بعد التوفيق؛ لأن التوفيق إنما يثبت بالبيع من أبيه، وأنه دعوى على الأب، ولكن بإقرار على نفسه، والدعوى على الغير لا تثبت إلا ببينة.

١٥٢٨٤- وكذلك إذا ادعى هبة أو صدقة مكان الشراء، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا ادعى الشراء والميراث؛ لأنه كما لا يتصور أن يكون الإنسان مالكًا لعين واحد فى وقت واحد بالشراء والميراث، لا يتصور أن يكون مالكًا فى وقت واحد بالهبة والميراث أو بالصدقة والميراث.

١٥٢٨٥- ولو ادعى أمة فى يدى رجل أنه اشتراها منه بعبده هذا منذ شهر، وجحد المدعى عليه البيع، وجاء بشهود شهدوا أنه اشتراها منذ قام من عند القاضى بألف درهم، والمدعى يدعى ذلك، لم تقبل بينته، إلا أن يوفق، فيقول : اشتريتها بعبدى هذا، فجحدنى الشراء، فاشتريتها منه بألف درهم، هو أن بالتوفيق يزول المناقضة، وبدون التوفيق المناقضة ثابتة.

فإن قيل : المناقضة ههنا متيقنة بدون التوفيق؛ لأن الثابت أحد الشرائين، وهو

---

(١) وفى الأصل وم : فزالت المناقضة والميراث.

الشـراء الآخر ، لأن الشـراء الأول لا يخلو إما إن كـان ثابتًا أو لـم يكن ثابتًـا ، إن لم يكن ثابتًا ثبت الثانى ، وإن كان ثابتًا ينفسخ بمقتضى ثبوت الثانى سابقًا عليه ، بخلاف دعوى الميراث عن أبيه ، ودعوى الشراء من ذى اليد ، فإن أحد الأمرين هو الثابت ، ولا يدرى ، فأما ههنا فأحد الشرائين ثابت بيقين .

والجواب : أن الشراء الثانى غير ثابت بيقين ؛ لجواز أن يكون الشـراء الثانى بعد الأول بتراضيهما ، فيفسخ الأول ، ويثبت الثانى ، ويجوز أن يكون بغير رضى المشترى ، بأن جحده الشراء الأول ، فاشترى ثانيًا بألف درهم ، وعلى هذا التقدير لا ينفسخ الأول ؛ لكونه مضطرا فى الثانى ، فعلى هذا الاعتبار يكون الثابت الأول أو الثانى ، لا الثانى بيقين ، فكان الجواب فيه كالجواب فى دعوى الشراء والميراث .

وإن كان الشهود شهدوا أنه اشترى منه منذ سنة بألف درهم ، لا تقبل بينته إلا أن يأتى بالتوفيق ، بأن يقول : اشتريتها منه منذ سنة بألف درهم ، كما شهد به الشهود ، ثم بعتها منه ، ثم اشتريتها منه منذ شهر بهذا العبد .

١٥٢٨٦- وإذا ادعى عبدًا فى يدى رجل أن صاحب اليد تصدق به عليه منذ سنة ، وأقام شهودًا شهدوا أنه اشتراه من صاحب اليد منذ سنتين[1] ، والمدعى يدعى ذلك ، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق ، فيقول : اشتريته منه منذ سنتين ، ثم جحد فى الشراء ، ثم تصدق به على منذ سنة ، وكذلك إذا ادعى أنه اشترى هذا العبد من صاحب اليد منذ سنة ، وشهد الشهود أنه تصدق به عليه منذ سنتين ، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق على ما بينا .

ولو ادّعى أن صاحب اليد تصدق به عليه منذ سنة ، وشهد الشهود أنه اشتراه منه منذ شهر ، لا تقبل هذه الشهادة إلا أن يوفق ، فيقول : تصدق به علىّ منذ سنة كما ادعيت ، ثم جحد فى الصدقة ، فاشتريته منه منذ شهر ، هكذا ذكر فى دعوى الأصل ، وأنه يخالف مسألة "الجامع الصغير" التى تقدم ذكرها .

قال فى "الأصل" أيضًا : وكذلك إذا ادعى الشراء منه منذ سنة ، وشهد الشهود أنه تصدّق به عليه منذ شهر ، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق ، وأنه يخالف مسألة "الجامع

(١) هكذا فى الأصل وم ، وكان فى ظ : سنين .

الصغير" أيضًا.

ولو ادعى أنه ورثه من أبيه، وأقام البينة، وادّعى أن معه وارث آخر، تقبل بينته، ولايصير متناقضًان، وإن ادعى الكل لنفسه أولا؛ أنه لو ادعى الكل لنفسه أولا، ثم ادعى بعد ذلك أنه لغيره، وأنه وكيل بالخصومة، يصح دعواه، ولا يصير متناقضًا، وهى المسألة التى تلى هذه المسألة، فهنا أولى، وقد ادعى البعض لغيره، وادعى أنه وكيله، وادعى البعض لنفسه.

١٥٢٨٧- ولو ادعى عينًا فى يد إنسان أنه له، وأقام بينة أنه لفلان وكّله بالخصومة فيه، قبلت بينته ولا يصير متناقضًا، ولو ادعى أولا أنه لفلان وكّله بالخصومة فيه، وأقام بينة بعد ذلك أنه لى، لا تقبل بينته، ويكون متناقضًا إلا أن يوفق.

والفرق: أن قوله: "لى" فى المسألة الأولى وإن كان حقيقةً لملك الرقبة، إلا أنه يحتمل الإضافة إلى نفسه بحق الخصومة، فالوكيل بالخصومة يضيف العين إلى نفسه بحق الخصومة، فيمكن أن يجعل قوله بالكرة الثانية أنه لفلان وكّلنى بالخصومة فيه بيانًا لعين كلامه الأول، فلايتحقق التناقض، أما فى المسألة الثانية لايمكن أن يجعل الكلام الثانى، وهو قوله: "لى" بيانًا للكلام الأوّل، وهو قوله: إنه لفلان وكّلنى بالخصومة فيه؛ لأن الكلام الأول مفسر بنفسه، فلا يمكن أن يجعل الكلام الأول بيانًا وتفسيرا لكلام الثانى؛ لأن التفسير لا يكون قبل المفسر، فكان كل كلام كلامًا على حدة، وحقيقة الإضافة لملك الرقبة والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه، فكأنه نصّ فى الكلام الثانى على أنه لى بملك الرقبة، ولو نصّ على هذا يصير متناقضًا، كذا ههنا، إلا أن يوفق، فيقول: كان لفلان وكلنى بالخصومة فيه، ثم اشتريته منه بعد ذلك، وأقام على ذلك بينة، فحينئذٍ تقبل بينته.

١٥٢٨٨- ولو ادعى أنه لفلان وكّلنى بالخصومة فيه، أقام البينة أنه لفلان آخر، وكّلنى بالخصومة فيه، لا تقبل بينته إلا أن يوفق، قال: والدين فى هذا نظير العين، حتى لو ادعى على رجل دين ألف درهم فى صكّ، جاء به باسمه، ثم جاء ببينة أن ذلك المال وذلك الصك بعينه لفلان وكّله بالخصومة فيه، قبلت بينته.

١٥٢٨٩- روى أبو سليمان وابن سماعة: أن من ساوم رجلا بولد أمة، أو ثمرة

نخلة، أو نخل في الأرض، ثم أقام البينة أن النخلة والأمة والأرض له، قبلت بينته، وقضى له بالأمة والنخلة والأرض دون الولد والثمرة والنخل؛ لأن أقصى ما فيه أن المساومة إقرار لصاحبه، أو إقرار أن لا ملك للمساوم فيه على حسب ما اختلفت الروايات فيه إلا أن هذا الإقرار لا يكون فوق صريح الإقرار، ولو أقر هو صريحًا بالولد لصاحب الولد، أو أقر صريحًا أن الولد ليس له بالملك، ثم ادعى الأمة لنفسه، يُسمع دعواه، كذا ههنا، وهذا لأن الإقرار بالملك المطلق يحمل على الملك الحادث، حتى إنه لو أقر بأمة لرجل، ولها ولد، كانت الأم لمقر له، دون ولدها، بخلاف البينة القائمة على الملك المطلق، حيث يحمل على الملك من الأصل، وإذا ثبت أن الإقرار بالملك المطلق يحمل على حدوث الملك صار المساوم مقرًا بالملك لمن ساوم إليه لحدوث الملك بالولد والثمن، وليس من ضرورته ثبوت الملك للمقر له في الأم، ولم يوجد المخالفة بين الدعوى والإقرار، وكذلك إذا ادعى الولد والثمرة مع الأم والنخلة؛ لأن دعواه في الولد والثمرة لم يصح؛ لمكان إقراره السابق فبقي دعوى الأمة والنخلة وحدها.

وكذلك لو كانت الأمة حاملا، فولدت في يده، فساوم الولد بعد إقامة البينة، قبل القضاء بالأم له؛ لأنه يحتمل أن يكون ملكًا للمقر له، فيملك من جهته بعد الولادة، فلم يكن من ضرورة صحة هذا الإقرار بطلان دعواه في الأمة، فبقيت تلك الدعوى صحيحة.

وكذلك إذا قالا: إن الولد للمدعى عليه، أو قالا: لا ندري لمن الولد؟ لأنهما بينا أنهما خصا بشهادتهما الأمة دون الولد، والولد منفصل عنها، فيصح دخول الأم في الشهادة دونه، فيقضى له بالأم خاصة.

وكذلك إذا لم يقم بينة للمدعى، ولكن المدعى عليه أقرّ بأن الأم لمدع، يقضى له بالأم دون ولدها؛ لأن الثابت بالإقرار ملك حادث؛ لأنه حجة قاصرة، لا الملك من الأصل، فلايستند حكمه إلى حالة الولادة، فاقتصر حكم الإقرار على الأم خاصة.

١٥٢٩٠- ولو أن رجلا في يديه دار مبنية، جاء رجل وأقام بينة أنها داره، وذكرا البناء في شهادتهما، أو لم يذكرا، ثم ماتا أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن البناء، فإن القاضي يقضي بالدار ببنائها للمدعى، أما إذا ذكرا البناء لا شك فيه، وأما إذا لم

يذكرا البناء؛ لأن البناء مركب فى الأرض تركيب قرار، فيدخل تحت ذكر الأرض خصوصا فى ذكر الدار؛ لأن الغالب يستعمل الدار فى المبنى.

ثم إذا قضى القاضى للمدعى بالدار ببناءها، إن أقر المدعى[1] بعد ذلك، وقال: ليس البناء لى، إنما هو للمدعى عليه، ولم يزل له، أو قال: ذلك بعد الشهادة قبل القضاء، فإن هذا إكذاب للشاهد، وبطلت الشهادة والقضاء فى البناء والدار جميعًا، وإن قال: البناء للمدعى عليه، فهذا ليس بإكذاب لشهوده، هكذا ذكر المسألة فى الأقضية.

وذكر فى آخر شهادات "الأصل": أن الشهود إذا ذكروا البناء فى شهادتهم، وقضى بشهادتهم، ثم أقر المدعى بعد ذلك بالبناء لمدع عليه، كان ذلك إكذابًا للشهود، وبطلت الشهادة والقضاء، وإذا لم يذكروا البناء فى شهادتهم، وقضى عليه بالدار والبناء، ثم أقر بالبناء للمدعى عليه، لا يكون ذلك إكذابًا لشهوده.

وجه الفرق على رواية شهادات "الأصل": أن البناء إذا لم يكن ملفوظًا فى الشهادة، فالقضاء بالبناء ما كان لكونه مشهودًا به، بل تبعًا للأرض؛ لأن حكم الأصل يثبت فى التبع إلا إذا وجد دليل يوجب قطع التبعية، فإذا أقر المدعى بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه، فهذا الإقرار حجة قطعية، يخرجه عن التبعية، وحجة أصالته[2] فى الملك لا أن يكون إكذابًا لتلك الشهادة، فأما إذا كان البناء ملفوظًا به فى الشهادة، فالقضاء بالبناء لكونه مشهودًا به، فالإقرار بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه يكون إكذابًا للشهود ضرورة، فيوجب بطلان الشهادة.

ووجه التسوية على رواية "كتاب الأقضية": أن مطلق اسم الدار فى الغالب من كلام الناس وفى عاداتهم يستعمل بإزاء الأرض والبناء، والشرع يشهد لذلك، لايدخل دارًا، فدخل صحراء، كانت دارًا، وقد انهدم بناءها، لا يحنث، والثابت باعتبار العادة وغلبة الاستعمال كالثابت، حتى إن حلف بمقتضى اللفظ حقيقةً، فاستوى ذكر البناء وعدمه.

---

(١) كذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: أقر أن للمدعى بعد ذلك مكان: إن أقر المدعى.

(٢) وفى م: أصلية.

ثم على رواية "كتاب الأقضية" : فرق بينما إذا قال المقضى له : ليس البناء لى ، وإنما هو للمدعى عليه ، وبينما إذا قال : كان البناء للمدعى عليه يوم شهادة الشهود ، أو قال : لم يزل ملكًا للمقضى عليه ، فلم يجعل الأول تكذيبًا للشهود ، وجعل الثانى والثالث تكذيبًا ، وعلى رواية كتاب الشهادات لم يفصل ، وجعل مطلق الإقرار بالبناء للمدعى عليه تكذيبًا للشاهد إذا كان البناء مذكورًا فى الشهادة ، وجه ما ذكر فى كتاب الشهادات : أن مطلق الإقرار بالبناء للمقضى عليه يناقض شهادة الشهود بالبناء للمدعى ، والإكذاب من حكم المناقضة .

وجه ما ذكر فى "الأقضية" أن قوله : البناء ليس لى ، وإنما هو للمدعى عليه كلام محتمل يحتمل أنه للمقضى عليه ؛ لأنه كان له يوم شهد الشهود ، فيكون إكذابًا للشهود ، ويحتمل أنه له ؛ لأن تملكه من جهتى بعد ما شهد به الشهود ، فلايكون إكذابًا للشهود ، فلايكون إكذابًا بالإحتمال ، وكذلك قوله : كان البناء له يوم شهد الشهود ، ولم يزل ملكًا له .

هذا إذا أقر المقضى له بعد القضاء له أن البناء ليس له ، وأنه للمقضى عليه ، ولو أن المقضى له لم يقرّ بذلك ، لكن المقضى عليه ادعى البناء لنفسه ، فعلى رواية "كتاب الأقضية" : لا تسمع بينته ، ذكر الشهود البناء فى شهادتهم ، أو لم يذكروا ، وعلى رواية شهادات "الأصل" ، إن لم يذكر البناء فى شهادتهم ، سمع دعوى المقضى عليه ، وإن ذكروا ، لم يسمع دعواه .

١٥٢٩١- وفى "المنتقى" : وفى "الإملاء" عن محمد : رجل ادّعى دارًا فى يدى رجل ، وأنكر الذى فى يديه الدار حق المدعى ، فشهد للمدعى شاهدان أن الدار داره ، ولم يزيدوا على ذلك ، فلما ذكروا ، قال المدعى عليه : البناء بناءى أنا بنيته ، وأراد أن يقيم البينة على ذلك ، قال : إن كان شهود المدعى حضورا ، فالقاضى يسألهم عن البناء ، فإن قالوا : البناء للمدعى مع الدار ، فالقاضى لا يلتفت إلى قول المدعى عليه ، وإن قالوا : لا ندرى لمن البناء ، إلا أنا نشهد أن الأرض للمدعى ، فليس ذلك بإكذاب منهم لشهادتهم ، ويقضى للمدعى عليه بالبناء إن أقام بينة على البناء ، ويؤمر بالهدم ، وتسليم الأرض إلى المدعى ، فإن لم يحضر للمدعى عليه بينة على البناء ، قضى عليه القاضى

بالأرض بشهادة شهود المدعى، واتبع الأرض البناء، فإن جاء المدعى عليه بعد ذلك بالبينة أن البناء بناءه أخذه؛ لأن القاضي لم يقض على المدعى عليه بالبينه بشهادة الشهود، وهذه الرواية توافق رواية شهادات "الأصل".

ولو أن شهود المدعى شهدوا أن الدار للمدعى، ثم ماتوا أو غابوا، فلم يقدر عليهم، فلما أراد القاضي أن يقضى بالدار ببناءها للمدعى، قال المدعى عليه: أنا أقيم البينة أن البناء بناءى، لم يقبل ذلك من، ويقضى بالدار للمدعى ببناءها؛ لأن الشهود حين شهدوا بالدار، فقد شهدوا بالبناء إلا أن يبيّنوا أنهم لا يدرون لمن البناء، فيكون على ما وصفت لك فى أول المسألة.

قال: ألا ترى أن القاضي لو قضى بالدار فى هذا الوجه ببناءها للمدعى، ثم حضر شهوده، ، وقالوا: إن البناء لم يكن للمدعى، إنما كان للمدعى عليه ضمنوا قيمة البناء للمدعى على، فإن قالوا للقاضي حين رجعوا عن البناء: ليس البناء للمدعى، ولا ندرى لمن البناء لم يضمنوا من قيمة البناء شيئًا، وكان البناء للمدعى، وقيل للمدعى عليه: أقم البينة أن البناء بناءك على الشهود الذين شهدوا للمدعى، فإن أقام عليهم البينة ضمنهم قيمة البناء.

ألا ترى أن البناء دخل فيما شهدوا به، ولو شهد شهود المدعى أن الدار له، ولم يزيدوا على هذا، ثم ماتوا، أو غابوا، ثم جاء رجل آخر، وادعى بناء هذا الدار لنفسه، وشهد له شاهدان آخران بذلك، فإن القاضي يقضى بالأرض للمدعى الذى شهدت شهوده بالدار، ويقضى بالبناء بين المدعيين نصفين، فإن أقام المدعى عليه بينة أن البناء بناءه قبل القضاء أو بعده، لم أقبل ذلك منه.

ولو أن شهود المدعى للدار شهدوا أن الأرض للمدعى، وقالوا: لا ندرى لمن البناء، قضى بالأرض له، وقضى بالبناء لمدعى البناء خاصة، قال: وكذلك فى جميع ما وصفت لك الأرض تكون فيها النخيل والأشجار، فشهد شهود المدعى أن هذه الأرض له، فهذا بمنزلة شهادتهم بالدار إذا لم يفسروا، فالقاضي يقضى لمدعى الأرض بالأرض، ويُتبعها النخل والشجر من غير أن يكون ذلك شهادة للمدعى بالنخل والشجر.

وكذلك إذا شهدوا أن هذا الخاتم لفلان، ولم يذكروا الفص، أو شهدوا أن هذا السيف لفلان، ولم يذكروا الحلية، فالقاضي يقضي بالسيف وبالحلية وبالخاتم والفص لفلان من غير أن يكون الفصّ والحلية مشهوداً به، حتى لو أقام المشهود عليه بينة أن البناء والحلية والفص له، قبلت شهادته، سواء كان القاضي قضى بذلك للمدعي أو لم يقض.

١٥٢٩٢- وفيه أيضًا: إذا شهد الشهود على رجل بجارية في يديه أنها لهذا المدعي، وقضى القاضي له بها، ثم غاب الشاهدان، أو ماتا، وظهر للجارية ولد في يد المشهود عليه لم يرَه الشهود أخذه المدعي، وكذلك لو كان الولد ظاهراً، وشهد الشهود بالجارية للمدعي، ولم يتعرضوا للولد، فالقاضي يقضي للمدعي بالجارية وبالولد، فإن قال الذي في يديه الجارية: أنا أقيم بينة على أن الولد لي، لم يلتفت إلى بينته، ويقضي بالجارية، وولدها للمدعي، فإن قضى القاضي بذلك، ثم حضر الشهود، وقالوا: لم يكن الولد للمدعي، وإنما كان للمدعي عليه، فالقاضي لا يقضي بالولد للمدعي عليه.

وإن أقام البينة على الولد، ولو كان(١) الشهود حضوراً، وسألهم القاضي عن الولد قبل القضاء، فقالوا هو للمدعي عليه، أو قالوا: لا ندري لمن هو؟ فالقاضي لا يقضي في الولد بشيء، ويقضي بالجارية للمدعي، قال: ولا يشبه الولد في هذا الوجه البناء، وعلل فقال: لأن البناء موصول بالدار، فقد أشار إلى أن شهود المدعي في مسألة الدار إذا قالوا وقت الشهادة بالدار: لا ندري لمن البناء أنه يقضي بالبناء لمدعي الدار.

قوم ورثوا داراً من أبيهم، واقتسموها برضاهم، فادعى بعضهم أن أباه كان تصدّق بطائفة منها معلومة عليه، أو ادّعى ذلك لابن له صغير، وقال: مات ابني فورثها منه، وأقام على ذلك بينة، فدعواه باطلة وبينته مردودة.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن إقدام العاقل على عقد إقرار منه بصحة ذلك العقد؛ لأنه إنما أقدم عليه لالتزام موجبه، وإنما يلزمه موجب العقد إذا صحّ العقد، فهذا ادّعى فساده وبطلانه بعد ذلك، يصير متناقضًا، والمتناقض لا قول له.

إذا ثبت هذا، فنقول: دعوى طائفة منها معلومة من بعض الورثة دعوى بطلان

---

(١) وفي الأصل: وكان من غير لو.

القسمة؛ لأنه ليس لهم قسمة مال الغير، وقد أقرّ بصحتها حال ما أقدم عليها، فيتحقق المناقضة.

١٥٢٩٣- ولو كان ادعى دينًا على أبيه، صحّ دعواه، وقُبلت بينته على ذلك؛ لأنه ليس بمناقض؛ لأن القسمة مع الدَين صحيحة حتى لو قضى الوارث دَين الغريم من مالٍ آخر، أو أبرأ الغريم الميّت عن الدين، لا يحتاج إلى إعادتها، ولكن يكون للغريم حق نقض القسمة إذا لم يصل إليه حقه من مال آخر.

١٥٢٩٤- قال في كتاب الإقرار: رجل أقرّ أن لفلان عليّ ألف درهم، ثم قال بعد ذلك: قضيتها إياه قبل أن أُقرَّ بها، وأقام البينة على ذلك، لم أقبل بينته، ولو ادّعى أنه قضاه قبل الإقرار موصولا بإقراره، القياسُ أن لا تُقبل بينته؛ لأنه مناقض في الدعوى؛ لأن إقراره يوجب كون الألف عليه وقت الإقرار لو لا ذلك؛ لما صح الإقرار، فإذا ادعى القضاء قبل ذلك، وأنه يوجب سقوط الدين عنه بالقضاء قبل الإقرار، كان مناقضًا في الدعوى، فلايسمع ذلك منه، كما لو ادعاه مفصولا.

وفي الاستحسان: تُقبل بينته؛ لأن هذا اللفظ قد يُذكر ويُراد به كان له عليه ألف درهم، فإن الشيء يُسمّى باسم ما قد كان، كما يسمّى القاضي المعزول قاضيًا، ونظائره كثيرة، فمتى وصل هذا الكلام بإقراره، دلّنا أنه أراد به هذا النوع من المجاز، وإن كان هذا مغيّرا لصدر الكلام، ولكنّه يصحّ إذا كان ذلك موصولا، فأما إذا كان مفصولا عن إقراره، لا يصح هذا البيان المغير منه، فبقي التناقض باعتبار ظاهر كلامه، فلم يصح التناقض.

ولو قال: كانت له عليّ ألف درهم، ثم قال: قضيتها إياه قبل الإقرار موصولا أو مفصولا، وأقام البينة عليه، قبلت بينته؛ لأنه إخبار عن وجوب الألف عليه في زمان سابق، فلا ينفي القضاء قبل الإقرار، بخلاف المسألة الأولى، فإنه إخبار عن وجوب الألف عليه للحال، فإذا ادّعى القضاء قبله، كان متناقضًا، فلم يسمع دعواه وبيّنته.

١٥٢٩٥- قال: رجل في يديه عبد، قال لآخر: هو عبدك يا فلان، فقال فلان لآخر: لا، بل هو عبدك، ثم قال المقر له الأول: هو لي، وأقام بينة، لم تقبل بينته؛ لأن بين إقراره بملك العبد لآخر ودعواه ملكية العبد لنفسه تناقض، والتناقض يمنع صحة

الدعوى .

وإنما أورد هذه المسألة لإشكال ، وهو أن المقر له الأول لما قال لغيره : بل هو عبدك ، فقد كذب المقر له الأول فى إقراره له ، فبطل إقراره لمكان التكذيب ، فيجب أن لا يعتبر لإثبات المناقضة ، لكنا نقول : إن قول المقر له لآخر : لا ، بل هو عبدك ، ليس بتكذيب للمقر الأول فى إقراره ، بدليل أنه يأخذه المقر له الثانى ، ولو بطل الإقرار الأول ؛ لمكان أنه كذّبه فيه ، لم يكن له أن يأخذه من يده ، ولكن قيل : إن قوله : بل هو عبدك محتمل يحتمل أنه عبده ، ولم يزل له ، ولم يكن للمقر له الأول ، فيكون مكذبًا له فى إقراره ، ويحتمل أنه عبده ؛ لأنه ملكه من المقر له الثانى للحال ، فلا يكون تكذيبًا للمقر له ، فلا يثبت التكذيب بالاحتمال .

١٥٢٩٦- رجلٌ ادّعى أن هذه الدار له إلا بيتًا منها ، وأقام البينة على الجميع ، أو كان ادعى على رجل ألف درهم ، وأقام عليه البينة بألفين ، فقال المدعى للدار : كان البيت لى ، فبعتُه ، وكان لى عليه ألفان ، فأبرأته عن الألف ، قبلت بينته ؛ لأنه زال الخلاف والتناقض بما ذكر ، فلعل الأمر كما ذكر ، ولم يعلم به الشهود ، فشهدوا على جميع الدار والألفين ، وإذا زال التناقض ، وجب قبول الشهادة .

وإن قال : لم يكن لى قطّ ، ولا كان لى عليه قطّ إلا ألف ، أبطلت بينته ؛ لأنه صرّح بإكذاب الشهود فى البيت والألف ، فبطلت الشهادة ، وإن أبى أن يبيّن شيئًا من ذلك ، فالقياس أن تقبل بينته ، وفى الاستحسان لا تقبل ، وجه القياس فى ذلك أن امتناع قبول الشهادة لمكان المخالفة بين الدعوى والشهادة ، وإذا كان التوفيق محتملا لا يمكن القول بثبوت المخالفة ؛ لأنها لو ثبتت ، ثبتت مع الشك ؛ ولأن التوفيق إذا كان محتملا يجب الحمل عليه حملا لأمر المدعى على الصلاح ، كما فى مسألة الأكرار[1] .

وجه الاستحسان أن المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة ومعنًى ، فإن كان التوفيق مرادًا يزول الخلاف ، وإن لم يكن مرادًا ، لا يزول الخلاف ، فلا يزول الخلاف مع الاحتمال قوله يحمل على التوفيق حملا لأمر المدعى على الصلاح .

(١)الأكرار جمع كر ، وفى م : الإقرار ، وفى الأصل : الإكرا ، هكذا الاختلاف فى الصفحات الآتية أيضًا .

قلنا : الحمل على الصلاح نوع ظاهر، والظاهر يصلح لإبقاء ما كان، ولا يصلح لإثبات أمر لم يكن، وحاجتنا ههنا إلى إثبات أمر لم يكن وهو البيع والقضاء، بخلاف مسألة الأكرار؛ لأن مطلق المقابلة يحتمل بيع الجنس بخلاف الجنس، فإذا عينًا حملا لأمرهما على الصلاح، تبيّن أنه هو الثابت لمطلق المقابلة، فكان هذا إبقاء[1] ما هو ثابت بمطلق المقابلة، لا إثبات أمر لم يكن، أما ههنا بخلافه.

ثم استشهد فى الكتاب : فقال ألا ترى أن المدعى لو قال بعد القضاء بالدار : لم يكن البيت لى قطّ، يبطل القضاء، فإذا كان يبطل القضاء بهذا النوع من المخالفة؛ لأن لا يجوز القضاء معها كان أولى.

١٥٢٩٧- دار فى يدى رجل يزعم أنه اشتراها من رجل، فجاء رجل وادعى عند غير القاضى أنها داره، تصدق بها عليه الذى باعها من ذى اليد، ثم رفع المدعى الذى فى يديه الدار إلى القاضى بعد شهر، أو سنة، وادعى أنها داره، اشتريته من الذى زعم ذو اليد أنه اشتراها منه، فهذه المسألة على وجهين : الأول : أن يذكر[2] للصدقة والشراء تاريخًا، وإنه على وجهين : إن ذكر تاريخ الشراء قبل تاريخ الصدقة لا تقبل شهادة شهوده؛ لأن ادعاء الصدقة إقرار منه بكون الدار ملك المتصدق وقت الصدقة، وأنه ينافى كون الدار ملكًا له بالشراء عندها، فيصير مكذبًا شهوده، فلا تقبل شهادتهم، وإن ذكر تاريخ الشراء بعد تاريخ الصدقة، قبلت شهادتهم، هكذا ذكر فى الأقضية، وهذا إشارة إلى أن احتمال التوفيق يكفى.

ووجه الاحتمال أن يقول : جحدنى الصدقة بعد ما تصدّق بها علىّ، فاشتريتها منه، وسيأتى الكلام بعد هذا فى أن احتمال التوفيق هل يكفى؟

الوجه الثانى : إذا لم يذكر التاريخ، وفى هذا الوجه تقبل شهادة شهوده؛ لأن الشراء حادث، والأصل فى الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات، وذلك بعد تاريخ الشراء لا محالة؛ لأنه ادعى الشراء بعد شهر، أو سنة.

فإن قيل : كيف يصح دعوى الشراء من فلان حال كون الدار فى يد غيره، وأنه

(١)وفى الأصل : الإيفاء.

(٢)وفى الأصل : أن يذكرا.

يدعى الملك لنفسه؟

قلنا : ذو اليد لما زعم أنه اشتراها من فلان، فقد أقر بالملك لفلان ؛ لأن كل مشترٍ مقر بالملك لبائعه، وبيع المغصوب منه المغصوب من غير الغاصب، والغاصب مقر بالملك للمغصوب منه صحيح، فقد ادّعى شراء صحيحًا من هذا الوجه.

قال محمد : ولا أبالى، قال فى الصدقة : قبضت أو لم أقبض ؛ لأن ادعاءه الصدقة إنما أبطل دعوى الشراء قبل تاريخ الصدقة باعتبار إقراره بملك البائع بعد تاريخ الشراء، حتى ثبت المناقضة، والإقرار بملك البائع بعد تاريخ الشراء ثبت بمجرد ادّعاءه الصدقة.

قال محمد : ولو كان ادّعى الصدقة بعد تاريخ الشراء، لا يرجع بالثمن على البائع، وعلل فقال : لأنه هو الذى أبطل شهادة شهود بادّعاءه الصدقة، وأراد به أن امتناع قبول البينة على الشراء بدعواه الصدقة، وأنه ليس بحجة فى حق البائع، فلايمكنه الرجوع على البائع بهذه الحجة ؛ لأن الرجوع على البائع باعتبار أنه لم يسلم له المشترى من جهته، وإنما لم يسلم له المشترى بما ليس بحجة فى حق البائع، فلا يرجع بالثمن عليه.

قال فى الكتاب : ألا ترى أن رجلا لو ادعى عبدًا فى يدى رجل أنه له اشتراه من فلان منذ سنة، ونقده الثمن وصدقه البائع بذلك، وذو اليد يزعم أنه اشتراه من فلان بعينه منذ شهر، فلما أراد الحاكم أن يقضى به للمدعى، قال المدعى : إنى لم أشترِه فى ذلك اليوم، أو قال ذو اليد : أقدم شراء منى، ثم أراد أن يرجع بالثمن على البائع، فقال البائع : كذبت أنت، أقدم شراء منه، وإنما لم يسلم لك العبد بإكذابك بيّنتك، فإنه لا سبيل له على الرجوع بالثمن ؛ لأن المبيع إنما لم يسلم للمشترى لمعنى من جهته، وهو إكذاب بينته، فلا يظهر ذلك فى حق البائع.

١٥٢٩٨- قال فى "أدب القاضى" : وإذا أقام الرجل بينة على رجل أنه باع هذه الدار منه، والبائع يقول : لم أبع، ثم أقام البائع بينة أنه قد ردّ عليه الدار بالعيب، قبلت بينته، وينقض البيع، وإن صار البائع متناقضًا ؛ لأن التناقض بين الكلامين إنما يثبت إذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين، وههنا أمكن التوفيق بين الكلامين بأن يقول البائع : لم

أبع شيئًا بنفسى، وإنما باع وكيلى، ثم فسخت البيع أيها المشترى بعد ذلك معى، فإذا أمكن التوفيق بينهما حمل عليه، وهذه المسألة إشارة إلى أنه يكتفى بمجرد إمكان التوفيق، وكذا ذكر فى "الجامع الصغير"، وفى "كتاب الأقضية"، وذكر فى "الجامع الكبير"، وفى بعض نسخ دعوى "الأصل": أنه لا يكتفى بمجرد إمكان التوفيق، ولا بدّ من أن يوفق المدعى، قيل: ما ذكر فى "الجامع الصغير"، وفى "الأقضية": قياس، وما ذكر فى "الجامع الكبير"، وفى "الأصل": استحسان، وأصله ما ذكر فى دعوى الألف، وشهادة الشهود على الألفين القياس أن تقبل؛ لاحتمال التوفيق، وهذا لأن حمل أمر المسلمين على الصحة واجب ما أمكن، فإذا كان التوفيق ممكنًا، أمكن حمل دعوى المدعى على الصحة، فيجب على القاضى ذلك، وإن لم يوجد من المدعى تنصيص عليه، كما فى مسألة الأكرار[1].

وفى الاستحسان: لا تقبل؛ لأن المخالفة ثابتة صورة ومعنًى، فإن كان التوفيق مرادًا، يزول الخلاف، وإن لم يكن التوفيق مرادًا لا يزول الخلاف، فلايزول الخلاف بالاحتمال، فأما إذا وفق فقد بين أن التوفيق مراد، وصح منه هذا البيان؛ لأن احتمال التوفيق ثابت، وقوله يحمل على التوفيق حملا لأمر المدعى على الصحة، فالجواب ما مرّ قبل هذا أن الحمل على الصحة بنوع ظاهر، وأنه لايصلح لإثبات أمر لم يكن.

١٥٢٩٩- قال محمد فى "الجامع": إذا ادّعى رجل دارًا فى يدى رجل أنها داره، ورثها من أبيه، وجاء بشهود شهدوا أنه اشتراها من أبيه فى حال حياته، لا تقبل هذه الشهادة وبمثله لو ادّعى أولا أنه اشتراها من أبيه فى حياته، وجاء بشهود شهدوا أنه ورثها من أبيه، قبلت هذه الشهادة.

والفرق: أن فى المسألة الثانية التوفيق ممكن، بأن يقول: اشتريته من أبى كما ادّعيت أول مرّة، ثم جحدنى الشراء، وعجزت عن إثباته بالبينة، وبقيت الدار على ملك الأب ظاهرًا، وصار بموته ميراثًا لى ظاهرًا مع ما تقدم من صورة الشراء، فلا يبطل بينة الإرث بالاحتمال، أما فى المسألة الأولى التوفيق غير ممكن؛ لأنه لا يمكنه أن يقول:

---

(١) هكذا فى ظ وفى م: الإقرار، وفى ف: الإكرا.

ورثتها[1] عن أبى، فجحدنى الإرث، فاشتريت منه فى حياته.

١٥٣٠٠- وإذا ادعى عينًا فى يد إنسان أنه له، وأقام على ذلك بينة، ثم إن المدعى قال: هذا العين لم يكن لى قطّ، بطلت بينته، ولم تقبل، ويبطل القضاء إن كان قد قضى له به؛ لأنه أكذب شهوده، وأقر ببطلان القضاء، وذلك حقه، وكذلك إذا لم يُقبل قطّ، لأن الإكذاب حصل بقوله: لم يكن لى.

١٥٣٠١- قال محمد فى "الجامع الكبير": رجل أقر عند القاضى أن هذا العبد كان لفلان، ثم أقام البينة أنه اشتراه منه بألف درهم، ولم يوقت الشهود وقتًا، وفلان يجحد البيع، فالشهادة جائزة؛ لأنه أقر بملك البائع فى زمان ماضٍ، ثم ادّعى تلقى الملك من جهته، وملك البائع فى الزمان الماضى مؤكد لملك المشترى؛ لأن الإقرار به لا يمنع قبول الشهادة على الشراء، أقصى ما فى الباب أنه احتمل أن الشراء كان قبل ذلك الوقت، ولكن بالاحتمال لا يثبت المناقضة، كيف وأن الشراء حادث، والحوادث يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات بقضية الأصل، وذلك بعد الإقرار، فلا يثبت به التناقض، فلا يمنع قبول الشهادة.

فأما إذا قال: هذا العبد لفلان، ثم أقام البينة بعد ذلك أنه اشترى منه قبل الإقرار، لم تقبل بينته؛ لأن قوله: هذا العبد لفلان إخبار عن ملك المقر له فى الحال، وأنه ينافى دعوى الشراء قبله، فلم تقبل بينته لمكان التناقض.

هذا إذا قال ذلك مفصولا، فأما إذا قال [ذلك][2] موصولا عند القاضى: هذا العبد لفلان اشتريته منه أمس، فالقياس أن لا تقبل بينته، وفى الاستحسان: تقبل، وجه القياس: أن قوله: هذا العبد لفلان إخبار عن ملك المقر له فى الحال، وأنه ينافى دعوى الشراء منه أمس، فلا تقبل بينته للتناقض.

ووجه الاستحسان: أن العين قد يضاف إلى إنسان باعتبار أنه كان مالكًا له، يقال: دار فلان، وإن كان باعه، ألا ترى أنه يجوز إطلاق الاسم على الذات باعتبار ما قد كان حتى يسمى القاضى بعد العزل قاضيًا، وعلى هذا الوجه لا يثبت التناقض،

---

(١) هكذا فى ظ، وفى الأصل وم: ورثها.

(٢) كذا فى الأصل.

أقصى ما فى الباب أن هذه الإضافة بطريق المجاز، والحمل على المجاز يعتبر بمطلق الكلام، ولكن البيان المغير يصح موصولا، ولا يصح مفصولا كالشرط والاستثناء.

١٥٣٠٢- فإن قال: هذا العبد لفلان، ثم مكث شهرًا، ثم ادعى أنه اشتراه من فلان، وأقام البينة، وقالت الشهود: لا ندرى أكان الشراء قبل الإقرار أو بعد؟ وقال المشترى: كان بعد الإقرار، فإنه تقبل هذه الشهادة، ويقضى بالشراء؛ لأنها لو لم تقبل إنما لم تقبل لمكان المناقضة، وفيها احتمال؛ لأنه يحتمل أن الشراء كان قبل الإقرار، فكان مناقضًا، واحتمل أنه بعد الإقرار، فلا يكون مناقضًا، فلا تثبت المناقضة بالاحتمال، ولأن الشراء حادث، والحوادث يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات، وذلك ما بعد الإقرار.

وكذلك إذا قال عند القاضى: هذا العبد كان لفلان عام أول، ثم ادعى بعد ذلك أنه اشتراه منه، وأقام البينة، ولم يوقّت الشهود وقتًا، تقبل بينته؛ لأن إقراره بالملك فى زمان سابق مؤكد لشراء المشترى بعده؛ لأن ملكه يبتنى على ملك البائع، ودعواه الشراء للحال يؤكد الإقرار بالملك قبل الشراء؛ لأنه يستدعى قيام الملك للبائع عند البيع ليصح البيع، فلم يكن متناقضًا.

وكذلك إذا قال: استوهبته منه عام أوّل، فأبى أن يهبه لى، وقال: ساومته عام أول، ثم ادّعى الشراء منه؛ لأن الاستيام والاستيهاب إقرار له بالملك، فكان هذا والأول سواء، قال: ولا تبطل الشهادة إلا أن يوقتوا، وذكر فى بعض الروايات إلا أن لا يوقتوا، فإن كانت الرواية إلا أن يوقتوا، أراد به إلا أن يوقتوا وقتًا للشراء قبل الإقرار، فإنه لا يسمع هذه الدعوى؛ لأنه يكون متناقضًا بيقين، والتناقض يمنع صحة الدعوى، وإن كانت الرواية إلا أن لا يوقتوا، فكلمة إلا ساقطة، ومعناه لايبطل الشهادة أن لا يوقتوا، فيكون بيانًا أن ترك التوقيت لا يمنع سماع البينة؛ لأنه ليس فيه إلا السكوت، إلا أن السكوت يحتمل التناقض، ولكن قد ذكرنا أن احتمال التناقض لا يمنع قبول البينة؛ لاحتمال الشك فيه.

ولو أقر عند القاضى أن هذا العبد لفلان، لا حق له فيه، أو قال: كان العبد لفلان، لا حق له فيه، أو قال: هذا العبد كان لفلان عام أول، وأنه لم يكن له فيه حق

يومئذٍ[(١)] ولا دعوى، أو قال: كنت أقررت عام أول أن هذا العبد لفلان، لا حق لى فيه، أو قال: لا حق لى فيه، ولم يقل: إنه لفلان، ثم أقام البينة أنه اشتراه منه بألف درهم، فإن القاضى يسأل عن الشهود متى كان الشراء؟ فإن وقّتوا للشراء وقتًا بعد الإقرار، قبلت شهادتهم، وإن وقّتوا للشراء وقتًا قبل الإقرار، وقالوا: لا ندرى متى كان وقت الشراء لا تقبل شهادتهم.

فرق بين هذا وبينما إذا قال: هذا العبد لفلان، ولم يقل: لا حق لى فيه، ثم أقام البينة على الشراء بعد شهر أنه تقبل، وإن لم يوقت الشهود للشراء وقتًا، والفرق: إن قوله هذا العبد لفلان إخبار عن ملك المقر له فى الحال، وقوله: لا حق لى فيه نفى لملك نفسه أصلا، فكان محكمًا فى إسقاط حقه فى الدعوى، فلا يسمع دعواه وبينته إلا إذا وقّت وقتًا بعد الإقرار، حتى لا يؤدى إلى ارتفاع المضادّة والتنافى بالاحتمال، وفى تلك المسألة ما نص على إسقاط حقه، والتناقض عارض، فلا يثبت بالاحتمال.

١٥٣٠٣- ولو أن رجلا كتب لرجل أنى كنت ادعيت عليك ديونًا وبيوعًا وأشياء أخرى، ادعيتها عليك، فأقررت أنه لا حق لى قبلك، ولا دعوى من شراء، ولاغير ذلك، ثم أقام البينة على عبد عند المكتوب إليه أنه عبده اشتراه منه، وأن له عليه ألف درهم قرض، أو أنه غصبه عبدًا، فإنه لا تقبل هذه البينة، إلا إذا وقّتوا وقتًا بعد البراءة؛ لأنه لـمّا نصه البراءة عامًا، فقد أسقط جميع حقه قبله فى العين والدين جميعًا، فيكون متناقضًا فى دعواه، فلا يسمع دعواه، ولا تقبل البينة منه حتى يزول التناقض بيقين، وذلك بأن يوقّت بعد البراءة، فأما مع الاحتمال لايزول التناقض، ولا يبطل حكم البراءة بالشك، وكذلك قال أبو حنيفة: من كتب لرجل براءة، ثم أقام بينة على دَين لم تقبل بينته حتى يعلم أنه بعد البراءة؛ لأن البراءة ثبت بيقين، فلا يبطل حكمها إلا بيقين، وهو أن يكون سبب الوجوب بعد البراءة.

١٥٣٠٤- قال فى "كتاب الأقضية": رجل قال: جميع ما فى يدى من قليل أو كثير من عبد، أو غيره لفلان، ثم مكث أيامًا، ثم اختلفا فى عبد فى يده، فقال المقر: لم يكن فى يدى يوم أقررت، وقال المقر له: لا، بل كان فى يدك، فالقول قول المقر.

---

(١) وفى الأصل: حينئذ.

وفرق بينه وبين البراءة، فإن في فصل البراءة إذا تنازعا في عبد بعينه، يجعل داخلا تحت البراءة حتى يثبت بالبينة أنه يثبت استفاده بعد البراءة، وهنا لم يجعله داخلا تحت الإقرار.

والفرق: ما أشار إليه في الكتاب أن من كان في يده شيء، فهو له حتى يعلم أنه لغيره، وبيان هذا أن في مسألة الإقرار العبد المتنازع فيه في يد المقر حاجتنا إلى قطع يده، فإن كان في يده يوم الإقرار، يجوز قطع يده، وإن لم يكن لا يجوز قطع يده، واحتمل أنه لم يكن في يده يوم الإقرار، فلا يجوز قطع يده بالشك، وفي مسألة البراءة المال في يد المدعى عليه، واحتمل حدوث الدين، فيجوز قطع يده، واحتمل البقاء، فلا يجوز قطع يده بالشك، فإذا في الفصلين لم تبطل يد صاحب المال بالشك.

وذكر في بعض روايات إقرار "المبسوط: لو أن رجلا قال: ما في حانوتي لفلان، ثم مكث أيامًا، وادعى شيئًا مما في الحانوت أنه وضعه بعد الإقرار أنه يصدق، وهذه الرواية موافقة لرواية الأقضية، وفي بعض روايات كتاب الإقرار: لا يُصدّق، وهذه الرواية مخالفة لرواية "كتاب الأقضية"، وتأويل هذه الرواية: أنه ادعى بعد الإقرار في مدة لا يمكنه إدخال ذلك الشيء في الحانوت في تلك المدة بيقين حتى يثبت كون ذلك في الحانوت في تلك المدة وقت الإقرار بيقين، وفي مسألة الأقضية لو تيقنا بكون المدعى في يد المقر وقت الإقرار، كان الجواب فيه كما ذكر في بعض روايات الإقرار، أنه لا يصدق المقر.

١٥٣٠٥- قال محمد في "الجامع": دار في يدي رجل أقام رجل بينة أنها داره، وقضى القاضي له بالدار، ثم إن المقضي له أقر أنها دار فلان، لا حق لي فيها، وصدّقه فلان في ذلك، فقال المقضي عليه للمقضي له: قد أكذبت شاهديك حين أقررت أنها لفلان، لا حق لك فيها، وأقررت بخطأ القاضي في قضاءه، فرد الدار عليّ، أو قيمتها، فالقضاء ماض، ولا سبيل للمقضي عليه لا على الدار، ولا على المقر، ولا على المقر له؛ لأن قضاء القاضي قد نفذ من حيث الظاهر.

وقوله: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها محتمل يحتمل لا حق لي فيها من الأصل، وكنت مبطلا في الدعوى، وعلى هذا التقدير يصير مقرّا بخطأ القاضي،

ويجب نقض القضاء، ويحتمل لا حق لى فيها؛ لأنى ملكتها من المقر له بعد القضاء، وعلى هذا التقدير لايصير مقرّا بخطأ القاضى، ولا يجب نقض القضاء، قال: يجب نقض بالشك.

فإن قيل: هذا الاحتمال إن كان يتأتى فيما إذا أقر المقضى له بذلك بعد ما غابا عن مجلس القاضى، أما لا يتأتى فيما إلا أقر قبل الغيبة عن مجلس القاضى، والجواب فيهما واحد.

قلنا: لا، بل يتأتى قبل الغيبة أيضًا، إذ يجوز أن المقضى له قد كان باع الدار من المقر له قبل القضاء له على أنه بالخيار ثلاثة أيام حتى لم يزل الدار عن ملكه؛ لما أن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، ثم إن المقضى عليه استولى على الدار، وغصبها منه، فأقام صاحب الدار بينة قبل مضى مدّة الخيار أن الدار له، ثم لمّا قضى القاضى له بالدار مضى مدّة الخيار عقبه[1]، وعلى هذا التقدير كان المقضى له محقّا فى دعواه أن الدار له، وكان الشهود صادقين فى شهادتهم أنها للمشهود له، فكان المقر صادقًا فى إقراره أنها صارت لفلان المقر له من جهته بعد القضاء؛ لأنها صارت للمقر له من جهة المقر بعد سقوط الخيار، وذلك بعد القضاء، وإذا كان هذا الوجه محتملا، وبهذا الاحتمال لاينقض القضاء، وقع الشك فى نقض القضاء، فلاينقض بالشك.

١٥٣٠٦- ولو أن المقضى له قال: هذه الدار لفلان ما كانت لى قط، بدأ بالإقرار، وثنّى بالنفى، أو قال: ما كانت لى قط، إنما هى لفلان، بدأ بالنفى، وثنّى بالإقرار، وأنه على وجهين: إن صدّقه المقر له فى جميع ذلك، يُردّ الدار على المقضى عليه، ولا شىء للمقر له على المقر، أما لا شىء للمقر له على المقر لأن المقر ادعى ما يبطل إقراره؛ لأنه يدعى أنها ما كان له قطّ، وإقرار الإنسان لغيره بمال الغير لايصح، والمقر له صدّقه فى ذلك، فبطل إقراره.

وأما تردّ الدار على المقضى عليه؛ لأن المقضى له أكذب شهوده من كل وجه، حيث أقرّ أن الدار لم يكن له قط؛ لأن قوله: كانت لى قط، لا يحتمل ما كانت لى؛ لأنى ملكتها منه بعد القضاء؛ لأنه ما لم يكن له لا يتصور تمليكه من غيره، فقد أكذب

(١) هكذا فى ظ، وفى الأصل وم: غيبه.

شهوده، وأقر بخطأ القاضي من كل وجه، والحق له، فعمل إقراره، وبطل القضاء.

١٥٣٠٧- ولو كان المقر له صدّقه في الإقرار، وكذّبه في النفي عن نفسه، بأن قال: الدار كانت للمقر، وهبها لي بعد القضاء، يقضي بالدار للمقر له، وعلى المقضى له للمقضى عليه قيمة الدار.

وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا بدأ له بالإقرار، ثم نفى؛ لأن إقراره صحيح ظاهراً؛ لأن القاضي يقضي له بالدار، فصح القضاء ظاهراً، وصارت الدار مملوكة له ظاهراً، وإنما أقر بما هو مملوك له ظاهراً، فصح إقراره، وصارت الدار للمقر له، فإذا قال بعد ذلك: ما كانت لي قط، فقد أراد إبطال إقراره، والرجوع عنه، وقد كذبه المقر له في ذلك، فلم يبطل إقراره في حق المقر له.

أما يشكل فيما إذا بدأ بالنفي، ثم بالإقرار، وكان ينبغي أن لا يقضي بالدار للمقر له هنا؛ لأنه بقوله أول مرة: ما كان لي قطّ، أكذب شهوده فيما شهدوا، لأنهم شهدوا له بالملك من الأصل، وقد أقر أنها لم يكن له من الأصل، فقد أكذب شهوده، وأقر ببطلان القضاء، وتكون الدار ملكًا للمقضى عليه، فإذا قال: ولكنها لفلان بعد ذلك، فقد أقر لفلان بملك الغير، والإقرار بملك الغير إقرار باطل.

والجواب: قوله: ما كان لي قط، هذا نفي، وقوله: وإنما هي لفلان، إثبات معطوف على النفي، متصل به، والإثبات متى ذكر معطوفًا على النفي، متصلا به، لا يقطع عنه، ألا ترى أن من أقر، فقال: لفلان عليّ ألف درهم من ثمن جارية باعها منّي، وقال المقر له: ليس لي عليك شيء من ثمن المبيع، وإنما لي عليك ألف درهم من قرض، أخذ المقر له الأف، ولو كان قوله: وإنما لي عليك ألف درهم من قرض مقطوعًا عن صدر الكلام، لما لزم المقر شيء، كما لو سكت بين الكلامين سكتة، وإذا ثبت أن الإثبات غير منقطع عن النفي، كان الكل كلامًا واحدًا، فلايظهر تقدّم البعض على البعض، فكما يصح النفي يصح الإقرار.

أو نقول: قوله: ما كانت لي قط متصلا بالإثبات لغيره يستعمل تأكيد الإثبات عُرفًا وعادةً، وما يذكر تأكيدا للشيء كان حكمه حكم ذلك الشيء، فلايكون له حكم نفسه، وصار من حيث المعنى كأنه قال: هذه الدار لفلان، واقتصر عليه.

قالوا : ما ذكر محمد فى الكتاب : أن المقر له إذا صدّق المقر فى إقراره، وكذّبه فى النفى، وقال : هذه الدار كانت للمقر إلا أنه وهبها لى، وقبضتها منه بعد القضاء بالدار، يقضى بالدار للمقر له محمول على ما إذا قال ذلك بعد ما غابا عن مجلس القاضى، حتى يمكن للقاضى تصديق المقر له فى ذلك.

فأما إذا قال ذلك فى مجلس القضاء، فقد علم القاضى بكذبه؛ لأنه علم أنه لم يجر بينها هبة وقبض، والكذب لا حكم له، فينبغى أن لا يصح إقراره فى هذه الصورة، ثم إن محمدا أوجب على المقر قيمة الدار للمقضى عليه، وإنما أوجب لأن فى زعم المقر أن الدار ملك المقضى عليه، وأن القاضى أخطأ فى قضاءه بالدار لى، وصرت غاصبًا لها، وقد عجزت عن الرد بإقراره بالدار للمقر له، فصرت ضامنًا قيمتها.

من مشايخنا من قال : هذا الجواب مستقيم على قول محمد؛ لأن غصب العقار عنده ينعقد موجبًا للضمان، غير مستقيم على قول أبى حنيفة؛ لأن عنده غصب العقار لا ينعقد موجبًا للضمان، ومنهم من قال : لا، بل هذا قول الكل؛ لأن المقر بإقراره للمقر له أتلف الملك على المقضى عليه، وعند أبى حنيفة العقار يضمن بإتلاف الملك، ألا يرى لو شهد شاهدان بدار لرجل، وقضى القاضى بشهادتهما، ثم رجعا عن شهادتهما، فإنهما يضمنان قيمة الدار للمشهود عليه، وإنما يضمنان بإتلاف الملك، كذا ههنا.

١٥٣٠٨- قال : ولو قال المقضى له : هذه الدار ليست لى، وإنما هى لفلان، وصدّقه المقر له فى لك، فالدار للمقر له، ولا ضمان على المقر للمقضى عليه؛ لأن قوله : ليست لى نفى للملك فى الحال، فيحتمل أنه إنما نفاها للحال عن نفسه؛ لأنه ملكها من المقر له بعد القضاء، ويحتمل أنه إنما نفاها للحال عن نفسه؛ لأنه لم يكن له من الأصل، فلا يثبت إكذاب الشهود، ولا ينقض القضايا بالشك، وصار الجواب فى قوله : هذه الدار ليست لى إنما هى لفلان نظير الجواب فى قوله : هذه الدار لفلان، لا حق لى فيها.

ولو أن القاضى لم يقض بالدار للمدعى حتى قال : هذه الدار لفلان، لا حق لى فيها، أو قال : هذه الدار ليست لى، إنما هى لفلان، فالقاضى لا يقضى له بالدار؛ لأن

كلامه محتمل يحتمل لا حق لى فيها، ليست لى؛ لأنى ملكتها من فلان، وعلى هذا التقدير يجوز له القضاء، ويحتمل لا حق لى فيها، ليست لى؛ لأنها لم يكن لى من الأصل، وعلى هذا التقدير لا يجوز له القضاء، فلا يجوز له القضاء بالشك، وبعد القضاء الشك فى نقض القضاء، والقضاء لا ينقض بالشك، قال: إلا أن يقول المقر فى هذه الصورة: هى دار فلان بعتها منه بعد شهادة الشهود، أو يقول: وهبتها منه، وقبضها منى بعد ما غاب عن مجلس الشهادة، قال: ذلك موصولا بكلامه، فحينئذٍ القاضى يقضى له بالدار؛ لأن بهذا البيان انتفى احتمال أنه ليس له من الأصل، وبقى الاحتمال الآخر، وهو صيرورتها لفلان بتمليك من جهته بعد شهادة الشهود، وعلى هذا التقدير يجوز له القضاء، فلهذا يقضى له بالدار، ولكن يشترط أن يكون هذا البيان موصولا بإقراره؛ لأن هذا بيان مغيّر؛ لأنه لو لم يتكلم بهذا البيان، لكان لا يقضى له بالدار، وبهذا البيان يقضى، فكان هذا بيان تغيير، وبيان التغيير يصح موصولا، ولا يصح مفصولا، كالشرط والاستثناء.

١٥٣٠٩- قال محمد فى "كتاب الأقضية": شاهدان شهدا لرجل بألف درهم من ثمن جارية، فقال المشهود له: إنه قد أشهدها[1] هذه الشهادة، والذى لى عليه من ثمن متاع أجزت شهادتهما، قالوا: وتأويل المسألة إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه بالألف من ثمن جارية، والمسألة محفوظة مذكورة فى غير موضع من الكتاب أنه إذا ادّعى على آخر ألف درهم من ثمن مبيع، وشهد له الشهود بالألف من ضمان جارية غصبها إياه، وقد هلكت أنه لا تقبل شهادتهم، وبمثله فى الإقرار، تقبل شهادتهم، واعتبر تكذيب المدعى الشاهد فى السبب، ولم يعتبر تكذيب المقر له المقر فى السبب.

والوجه فى ذلك أن المدعى بتكذيب الشاهد فى السبب كذبه فى بعض ما شهد به، وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض الشهادة مانع قبول الشهادة؛ لأنه تفسيق له، وشهادة الفاسق لا تقبل، والمقر له بتكذيب المقر فى السبب إن كذبه فى بعض ما أقر به، ولكن تكذيب المقر فى بعض ما أقر به لا يمنع صحة إقراره، فإقرار الفاسق صحيح مقبول بخلاف شهادة الفاسق، إذا ثبت هذا ظهر أن المراد به الشهادة على إقراره، قلنا:

---

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل: أشهدناها.

والإقرار الثابت بالشهادة كالثابت معاينة، وقد ذكرنا في الإقرار المعاين أنه صحيح ملزم مع اختلافهما في السبب، كذا هذا.

والدليل على أن تأويل المسألة ما قلنا: إن محمداً قال: في وضع المسألة، فقال: المشهود له قد أشهدهما هذه الشهادة، وهذا تنصيص على إقراره عندهما، فثبت أن تأويل المسألة ما قلنا من شهادتهما على الإقرار.

قال: وكذلك الكفالة لو شهدا أنه أقر أنه كفل بألف درهم عن فلان، فقال الطالب: قد أقر بذلك، ولكن الكفالة كانت عن فلان آخر، كان له أن يأخذه بالمال؛ لأنهما اتفقا فيما هو المقصود، فلا يضرهما الاختلاف في السبب.

ولو قال الطالب: إنه لم يقر بها، وإنما أقر أنها كانت عن فلان آخر، فالشهادة باطلة؛ لأنه أكذب شاهده فيما شهد به من إقرار المطلوب، فبطلت شهادته، بخلاف الأول؛ لأن ثمّة لم يكذب شاهده، فثبت بشهادته فيما شهد به من إقرار المطلوب، فصار كالمعاين ثم هو كذب المطلوب في إقراره بسبب المال، وقد مرّ أن تكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يمنع قبول إقراره فيما بقي.

١٥٣١٠- قال محمد في "الجامع الصغير": في الرجل يدّعي على رجل ألف درهم، فيقول المدعى عليه: ما كان لك عليّ شيء قطّ، أو قال: ليس لك عليّ شيء، ثم أقام البينة على القضاء، قبلت بينته؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن، أما في قوله: ليس لك عليّ شيء فظاهر، فإنه يقول: ليس لك عليّ شيء؛ لأني قضيت، وأما في قوله: ما كان عليّ شيء قط؛ لأنه يمكن أن يقول: لم يكن لك عليّ شيء قط، لكن آذيتني بخصومتك الباطلة، فدفعت أذى خصومتك الباطلة بما طلبت منّي.

ودلت هذه المسألة على أن التوفيق بين الكلامين إذا كان ممكنًا فالقاضي يوفق ويقبل بينة المدعي من غير التوفيق، وذكر هذه المسألة في "المنتقى"، وقال: قبل ذلك بينته[1] عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

١٥٣١١- وإن قال: ما كان لك عليّ شيء قطّ، ولم أعرفك، ولم أكلّمك، ولم

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: منه.

أخالطك، ثم أقام البينة على القضاء، لا تقبل هذه[1] بينته، هكذا ذكر المسألة ههنا؛ لأن التوفيق غير ممكن ههنا، إذ لا يتصور أن يكون بين الشخصين خصومة وقضاء، ولا يعرف أحدهما صاحبه، وذكر القدورى عن أصحابنا أنه يقبل البينة؛ لأن الرجل عسى يدعى على امرأة أو رجل وهو محتجب فى داره، ويؤذيه بالشغب على باب داره، فيأمر بعض وكلاءه أن يدفع إليه ما ادّعى، فيدفعه الوكيل، فيكون قد قضاه وهو لا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك.

هذا إذا أقام البينة على الدفع والقضاء، فأما إذا أقام البينة على الإبراء، لم يذكر محمد هذا الفصل ههنا، قال بعض مشايخنا فى شرح هذا الكتاب: ولا شك أنه تقبل بينته فى الفصل الأول والثانى؛ لأن وجه التوفيق فيهما ظاهر، وكذلك فى الفصل الثالث، قال: ويجب أن يكون قبول البينة فى الفصل الثالث على اتفاق الروايات؛ لأن التوفيق ههنا ممكن؛ لأن الإبراء يتحقق من غير أن يعرف المدعى عليه صاحب الدين، بأن كان لرجل على آخر دين، مات صاحب الدين، وورث الدين ابنه، ولم يعلم به المديون، ثم إن الابن أبرأ عن دينه، أو أبرأ أهل بلد كذا عن دعاويه وديونه، والمدعى عليه من أهل تلك البلدة، فيكون داخلا تحت الإبراء، وإن لم يعرفه، ثم بعد ما ادعى عليه، وأنكر المدعى علليه المال، أخبر المدعى عليه شاهدان بما جرى من الأمر، فعرف المدعى عليه صاحب دينه، وأبرأه إياه عن الدين، فأقام الشاهدين اللذين أخبراه بذلك، فأما فصل الدين، ودفع المال إلى إنسان، وهو لا يعرفه أصلا لا يكون، فيصير مناقضًا فى دعوى الدفع.

وذكر محمد فى كفالة الأصل إذا قال المدعى عليه: لم يكن لك علىّ شىء قط، أو قال: لم يكن لك على دين قط، ثم أقام البينة على القضاء، أو الإبراء، سمعت بينته، قال الشيخ الإمام خواهر زاده فى شرح كتاب الكفالة: إن وفق، فقال: دفعت المال إلى، افتداء عن اليمين قطعًا لدعواه، لا قضاء عن الدين، قبلت بينته؛ لأنه زالت المناقضة، فيكون هذا فى الحاصل دعوى الصلح على الإنكار.

وإن قال: دفعته قضاء عن الدين لا تقبل بينته؛ لتحقيق المناقضة، وإن لم يبين

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم: لا تقبل بينته.

شيئًا، بل ادّعى القضاء مطلقًا، فالقياس أن تقبل بينته، وفى الاستحسان : لاتقبل، كما فى الشهادة على الألف والخمسمائة.

قال : وكذلك فى فصل الإبراء إذا وفق، فقال : لم يكن له عليّ دين، كما قلت، إلا أنه أبرأنى عن دعوى الدين لا عن الدين تزول المناقضة، وتقبل بينته على الإبراء، وإن قال : أبرأنى عن الدين، لا تقبل بينته لمكان المناقضة، فإنه أقر أنه لم يكن عليه دين، ثم أقر أنه كان عليه دين لما ادّعى الإبراء عن الدين والمناقضة تمنع صحة الدعوى، ولا تقبل البينة بدون الدعوى.

وإن ذكر الإبراء مطلقًا، ولم يبين أنه أبرأه عن الدين، أو عن دعوى الدين، فالقياس أن تقبل بينته، وفى الاستحسان : لا تقبل.

١٥٣١٢- قال ابن سماعة عن محمد : فى رجل ادّعى عليه عشرة آلاف درهم، فأنكرها، فسأل الحاكم المدعى : هل قبض من المال شيئًا؟ فأقر أنه قبض منه عشرة آلاف درهم، فأبرأ الحاكم المدعى عليه من عشرة آلاف، فلما خرجا من عند الحاكم، قال المطلوب : لا، والله ما قبضتها منى، فجاء الطالب ببينة يشهدون على كلامه هذا، قال محمد : تقبل هذا من الطالب، وأقضى بها عليه.

١٥٣١٣- وبمثله لو أقام الطالب البينة على المال، لا يُقبل ذلك منه؛ لأنه إنما لا تقبل بينته على المال للتناقض لمكان إقراره بالقبض، فإذا صدّقه فى ذلك، وأقر أن القبض لم يكن انتفى التناقض؛ لأن التناقض يرتفع بتصديق الخصم، وبما أقام من البينة، يثبت تصديقه، فقبلت منه.

واستشهد لهذا برجل أقر أن لفلان عليه عشرة آلاف درهم، فقال الطالب : ليس لى عليك شيء، فقد برئ المطلوب؛ لأن الإقرار يبطل بتكذيب المقر له، فإن قال المطلوب بعد ذلك : بل لك عليّ عشرة آلاف درهم، فإنه يقضى به للطالب إذا ادعاها؛ لأنه استأنف الإقرار بالمال له، فإن صدقه فى هذا الإقرار، كان له أن يأخذه، كذلك فى المسألة الأولى أثبت بشهادته إقرارًا مستأنفًا منه، لم يتصل به التكذيب، فملك إثباته بالبينة.

قال محمد : وإن قال المطلوب : إنما قلت : ما قبضتها منى، وأنا أقيم البينة أنك

قبضتها من وكيلى، لا تقبل بينته؛ لأن القبض من وكيله، قبض منه أيضًا، فإقراره الأول ينتظمهما جميعًا، فإذا ادّعى القبض من وكيله، كان مناقضًا فى دعواه، فلم يسمع منه.

قال: ألا ترى أن رجلا لو قال: والله ما قبض منى فلان من الألف التى له علىّ، لا قليلا ولا كثيرًا، كان هذا القول على نفسه، وعلى وكيله ورسوله؛ لأن الإنسان يُعدّ قابضًا بيد وكيله عادة، وقاضيًا على يد نفسه ووكيله، فكذلك ههنا.

قال ابن سماعة: قال محمد: ولو جاء المطلوب ببينة تشهد أن رجلا أجنبيًا قضى هذا المال تطوعًا بها من ماله من غير أمر المطلوب، ولا وكالة، فإنى أقبل ذلك، وهذا يستقيم أن يقول: ما قبضتها منى، ولكن تطوع بأداءها عنّى فلان، وهذا لأن فعل كل واحد يقتصر عليه بقضية الأصل، وإنما ينتقل إلى غيره بحكم الأمر، فإذا كان متطوعًا، لم يوجد الأمر، فبقى فعله مقصورًا عليه، فلا يصير قابضًا من المطلوب، فلم يثبت المناقضة، فقبلت الشهادة.

ولو قال المطلوب: ما قبضتها من فلان، كان هذا على قبض نفس المطلوب ووكيله، وعلى كل واحد أجنبى وغيره، ولا أقبل منه البينة أنه قبضها من رجل أجنبى؛ لأنه أضاف القبض إلى الألف، وأنه يصير قابضًا لها بقضاء المطلوب، ويتبرّع الأجنبى بالقضاء حتى سقط الدين، فانتظم قبضه منه ومن غيره، فإذا ادّعى القبض من أجنبى، كان مناقضًا فى دعواه، فلا تقبل بينته، بخلاف الأول، فإنه ثمّة أضاف قبض الألف إليه بكلمة من، وأنها إنما تستعمل إذا كان القبض بتسليم من فلان ليحصل معنى القران الذى وضعته كلمة من له، وبالقبض من الأجنبى لايتحقق هذا المعنى، فلم يدخل تحت صدر الكلام، فلم تثبت المناقضة، فقبلت الشهادة، أما ههنا بخلافه، على ماذكرنا - والله أعلم-.

الفصل الثالث والعشرون
فى الشهادة على النسب

١٥٣١٤- رجل مات وترك عبدين وأمتين صغيرتين ولدتا فى ملكه، وابن عم له، لا وارث له غيره، فأعتق ابن العمّ الغلامين، فشهدا بعد عتقهما أن إحدى الجاريتين بعينها بنت الميت، أقرّ بها فى حياته وصحته، لم تقبل شهادتهما عند أبى حنيفة؛ لأنا لو قبلناها ابتداءً، أبطلناها انتهاءً.

بيانه أنه إذا ثبت نسبها من الميت، ظهر أن الميراث كان بينها وبين ابن العمّ نصفين، وظهر أن العبدين كانا بينهما نصفين، وابن العم لما أعتقهما لم يعتق منهما إلا نصيب ابن العمّ؛ لما عُرف من أصله أن الإعتاق يتجزأ فكانا معتق البعض عند أبى حنيفة، ومعتق البعض عنده بمنزلة المكاتب، وشهادة المكاتب باطلة، وعندهما: تقبل الشهادة؛ لأنا متى قبلنا شهادتهما فى الابتداء، لم نحتج[1] إلى إبطالها فى الانتهاء؛ لأنه ظهر أنهما شهدا وهما حران، لا دين عليهما، إن كان المعتق موسرًا، أو حران عليهما دين، إن كان المعتق معسرًا، وشهادة الحر مقبولة، مديونًا كان أو غير مديون، فإن شهدا للجارية الأخرى بمثل ذلك، بطلت الشهادة أيضًا عند أبى حنيفة؛ لأنه يصير لابن العمّ فى هذا الوجه الثلث، فكانا معتق البعض أيضًا، والتقريب ما مرّ.

وأما على قول أبى يوسف ومحمد: إن شهدا للجارية الأخرى بذلك قبل قضاء القاضى للجارية الأولى، قبلت شهادتهما، ونجعلهما ابنتين للميت، سواء كان ابن العم موسرًا، أو معسرًا؛ لأنهما حرّان عندهما لم يجرّا إلى أنفسهما مغنمًا، ولا دفعًا عن أنفسهما مغرمًا بشهادتهما، بل أوجبا على أنفسهما ثلثى السعاية للابنتين إن كان ابن العم معسرًا، ولم يحوّلا ضمانًا، وجب عليهما.

أما إذا كان ابن العم موسرًا، فلأن يسار المعتق عندهما يمنع استسعاء العبد، وأما إذا كان معسرًا، فلأن القاضى لم يقض بالسعاية على العبد بعد حيث لم يقض بكون

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ: لم يحتج.

الأول بنتًا للميت ، وتحويل الضمان قبل وجوب الضمان محال ، فبعد ذلك إن كان المعتق معسرًا ، سعى كل واحد من العبدين فى ثلثى قيمته للابنتين ، وإن كان موسرًا ضمن ثلثى قيمة العبدين للابنتين نصفان .

ولو كان ذلك بعد قضاء القاضى للبنت الأولى ، فإن كان ابن العم موسرًا تقبل شهادتهما ؛ لأن المعتق إذا كان موسرًا ، لم يجب للبنت الأولى عليهما السعاية ، فهما بشهادتهما لا يحوّلا ضمانًا وجب عليهما للأولى إلى الثانية .

وإن كان معسرًا فهذا على وجهين : إما إن أقرت الأولى للأخرى ، أو لم تُقر ، فإن لم تقرّ ، لم تُقبل شهادتهما ؛ لأنهما وجبت عليهما السعاية فى نصف قيمتها للأول ، فهما بشهادتهما يحوّلان سدس القيمة إلى الثانية ، ولهما فى هذا التحويل فائدة ، فلا تقبل شهادتهما .

وإن أقرت الأولى للأخرى ، تقبل شهادتهما ، وإن حصل تحويل سدس القيمة من الأولى إلى الثانية ، إلا أن هذا التحويل فى الحاصل ما حصل بشهادتهما ، إنما حصل بإقرار الأولى ، بدليل أنهما لو لم يشهدا بذلك ، كان سُدس القيمة مما وجب عليهما محوّلا إلى الآخرى ، فلا يكون ذلك مانعا قبول شهادتهما .

وكذلك لو كانا دفعا نصف القيمة إلى الأولى بقضاء أو بغير قضاء ، ثم شهدا للأخرى ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأنهما بهذه الشهادة يريدان إبطال بعض ما ملكا من الأولى ، وهو السدس ، وإذا لم تقبل شهادتهما ، بقيت الأخرى أمة للأولى وابن العمّ ، ولا يضمن الشاهدان للأخرى شيئًا .

وإن أقرا لها بسدس القيمة ، إلا أنها لمّا بقيت أمةً كان الإقرار لها إقرارًا لمولاها ، ومولاها ابن العم والجارية الأولى ، وهما يكذبان الشاهدين فى إقرارهما للأخرى بشىء .

ومن أقر لمملوك إنسان بشىء ، وكّذبه مولاه ، يبطل إقراره ، فإن عتقت الأخرى يومًا من الدهر ، يضمن الشاهدان لها سُدس قيمتها ؛ لأنهما أقرا للأخرى بسدس قيمتها ، وهى تصدقهما فى ذلك ، فيضمنان لها ذلك .

وهذا لا يشكل فيما إذا دفعا النصف إلى الأولى بقضاء ؛ لأنهما أقرا أن لأخرى

ثلث قيمتهما، إلا أن سدسا من ذلك دفعاه إلى الأولى بقضاء قاضٍ، فلايكون عليهما ضمانه، فكان عليهما ما بقى إلى تمام ثلث قيمتهما، وذلك سدس قيمتهما لا غير.

إنما يشكل فيما إذا دفعا نصف قيمتهما إلى الأولى بغير قضاء، وفى هذا الوجه يجب أن يضمنا للأخرى ثلث قيمتهما؛ لأنهما أقرّا للأخرى بثلث قيمتهما، ودفع السدس إلى الأولى كان بغير قضاء، فلا يبرئان منه، فكان عليهما ضمانه، وقد بقى عليهما سدس قيمتهما، فيضمان للأخرى ثلث قيمتهما لهذا.

وأجاب الفقيه أبو إسحاق الحافظ عن هذا الإشكال، وقال: بأن القاضى لما قضى عليهما بالسعاية للأولى فى نصف القيمة، فقد قضى بدفع نصف القيمة إلى الأولى، فبعد ذلك إن وُجد القضاء بدفع النصف إليها مرة أخرى، فهو تأكيد لذلك القضاء، وإن لم يوجد كان القضاء الأول كافيًا، والدفع متى حصل بقضاء يوجب براءة الدافع عن قدر المدفوع.

١٥٣١٥- ولو شهدا للأمة الأخرى أنها أخت الميت بعد ما شهدا للأولى أنها ابنة الميت، لا تقبل شهادتهما، قضى القاضى بشهادتهما للأولى، أو لم يقضِ؛ لأن فى قبولها ابتداء إبطاله انتهاء؛ لأنه يظهر أن الميت ترك ابنة وأختا وابن عمّ، وفى هذه الحالة لا يكون لابن العم شىء؛ لكون الأخت عصبة فى هذه الحالة، فظهر أن إعتاق ابن العم العبدين كان باطلا، وأنهما بقيا عبدين، وشهادة العبد لا تقبل، ولايضمن العبدان للأخت شيئًا، وإن أقرا لها بنصف قيمتها؛ لما قلنا فإن عتقت يومًا من الدهر ضمنا لها نصف قيمتها؛ لما مرّ.

رجل مات، فشهد قوم عند القاضى لرجل أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه، لا وارث له غيره، فقضى القاضى بذلك، وقد كان للميت على رجل ألف درهم، فوهبه الأخ منه، أو وهب لإنسان عينًا من التركة، ثم شهد هذا الموهوب له، ورجل آخر لإنسان أنه ابن الميت، جازت شهادتهما؛ لأن هذه شهادة على الموهوب له، فإنه يبطل بهذه الشهادة ما حصل له بالهبة من العين والدين، وكانت هى من أصدق الشهادات.

وكان ينبغى أن لا تقبل شهادته فيما إذا كان الموهوب عينًا؛ لأن الموهوب إذا كان عينًا، فالهبة لا تتم إلا بقبول الموهوب له، فكان هو بهذه الشهادة ساعيًا إلى نقض ما تمّ

به، وهذا مانع قبول الشهادة .

والجواب عن هذا أن يقال : بأن السعى إلى نقض ما تم به، إنما يمنع قبول الشهادة إذا كان هو لا يملك النقض بدون الشهادة، والموهوب له يملك الرد على الواهب من غير شهادة؛ لأن الهبة فى جانب الموهوب له غير لازمة، وكان كالمرتهن إذا شهد لغيره بالرهن، حتى لو كانت الهبة بشرط العَوض وتقابضا، ثم إن الموهوب له شهد مع رجل آخر أن هذا الرجل ابن الميت، كانت شهادتهما باطلة؛ لأنه ساع فى نقض ما تمّ به، وهو لا يملك ذلك بدون الشهادة؛ لأن الهبة بشرط العَوض لازمة من الجانبين، وصار هذا نظير ما لو اشترى رجل من هذا الأخ شيئًا من الميراث، ثم شهد المشترى مع رجل آخر بما قلنا، لم تقبل شهادتهما؛ لما قلنا، وإذا لم تقبل هذه الشهادة، كان للمشهود له بينونة أن يأخذ من الموهوب له، ومن المشترى ذلك العين إن كان قائما، وقيمته إن كان هالكًا؛ لأن الموهوب له زعم أن الهبة لم تصح .

وكذلك المشترى زعم أن الشراء لم يصح، وأن هذا العين ملك للابن، فيؤمران بالدفع إليه إن كان قائما، ويرد القيمة إن كان هالكًا، والذى ذكرنا فى الهبة، كذلك الجواب فى الصدقة -والله أعلم- .

فهرس المحتويات

الفصل السادس والعشرون
فى إثبات الوكالة والوراثة وفى إثبات الدين ٣
الفصل السابع والعشرون
فى الحبس والملازمة ٣٥
الفصل الثامن والعشرون
فيما يقضى به القاضى، وفيما يرد قضاءه وما لا يرد ٥٧
الفصل التاسع والعشرون
فى بيان ما يحدث بعد إقامة البينة قبل القضاء ٦٧
الفصل الثلاثون
فى بيان من يشترط حضوره لسماع الخصومة والبينة وحكم القاضى
وما يتصل بذلك عليه، وقيام بعض أهل الحق عن البعض فى إقامة البينة ٧٧
الفصل الحادى والثلاثون

في نصب الوصى والقيّم وإثبات الوصاية عند القاضى ٨٥
الفصل الثانى والثلاثون
فى القضاء على الغائب، والقضاء الذى يتعدى إلى غير المقضى عليه
وقيام بعض أهل الحق عن البعض فى إقامة البينة ٩٦
الفصل الثالث والثلاثون
فى المتفرقات ١١٤
الفصل السادس والعشرون
فى إثبات الوكالة والوراثة وفى إثبات الدين ٣
الفصل السابع والعشرون
فى الحبس والملازمة ٣٥
الفصل الثامن والعشرون
فيما يقضى به القاضى، وفيما يرد قضاءه وما لا يرد ٥٧
الفصل التاسع والعشرون
فى بيان ما يحدث بعد إقامة البينة قبل القضاء ٦٧
الفصل الثلاثون
فى بيان من يشترط حضوره لسماع الخصومة والبينة وحكم القاضى
وما يتصل بذلك عليه، وقيام بعض أهل الحق عن البعض فى إقامة البينة ٧٧
الفصل الحادى والثلاثون
فى نصب الوصى والقيّم وإثبات الوصاية عند القاضى ٨٥
الفصل الثانى والثلاثون
فى القضاء على الغائب، والقضاء الذى يتعدى إلى غير المقضى عليه
وقيام بعض أهل الحق عن البعض فى إقامة البينة ٩٦

الفصل الثالث والثلاثون
في المتفرقات ١١٤
كتاب الشهادة............................ ١٢١
الفصل الأول
في حل تحمل الشهادات وحل آداءها، والامتناع عن ذلك ١٢٣
نوع آخر من هذا الفصل: ١٣٦
الفصل الثاني
في أقسام الشهادة وفي شهادة النساء ١٤٦
الفصل الثالث
في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل ١٥١
نوع آخر من هذا الفصل: ١٦٩
نوع آخر من هذا الفصل: ١٧٢
الفصل الرابع
في الإسماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة ١٧٥
نوع آخر من هذا الفصل: ١٨٣
الفصل الخامس
في شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته ١٨٦
الفصل السادس
في شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه وشهادته لأبيه أو لأمه ١٩٥
الفصل السابع
فيما يجوز من الشهادات وما لا يجوز ٢١٥
الفصل الثامن

في الشهادات في المواريث ٢٣٧
الفصل التاسع
في الشهادة على الشهادة ٢٦٦
الفصل العاشر
في شهادة الشهود بعضهم لبعض ٢٨٤
الفصل الحادي عشر
في شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم ٢٨٩
الفصل الثاني عشر
في المسائل التي تتعلق بحدود المدعى والمشهود به ٣٢٣
الفصل الثالث عشر
في شهادة الوارث بالوصية والرجوع، وفي شهادة الوصي للميت
وفي شهادة الوكيل للموكل ٣٢٩
فرع على مسألة المصر: ٣٤١
الفصل الرابع عشر
في الشك في الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها ووجود الشاهد
بعد القضاء بشهادته بصفة لا تجوز شهادته وشهادة الشهود بعد قضاء القاضي
بخلاف ما قضى ٣٤٣
الفصل الخامس عشر
في الشهادة على الوكالة والوصاية ٣٤٦
الفصل السادس عشر
في شهادة ولد الملاعنة ٣٤٩
الفصل السابع عشر

فى التهاتر من الشهادات ٣٥٣

الفصل الثامن عشر

فى ترجيح إحدى البينتين على الأخرى والعمل بالبينتين المتضادتين ٣٦٢

الفصل التاسع عشر

فى شاهد الزور ٣٦٤

الفصل العشرون

فى الدعوى إذا خالفت الشهادة ٣٦٦

نوع آخر: ٣٧٤

نوع آخر: ٣٧٥

الفصل الحادى والعشرون

فى الاختلاف الواقع بين الشاهدين ٣٧٩

الفصل الثانى والعشرون

فى التناقض بين الدعوى والشهادة ٤١٨

الفصل الثالث والعشرون

فى الشهادة على النسب ٤٤٥